Huur en verhuur van bedrijfsruimte

Huur en verhuur van bedrijfsruimte

Proefschrift

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van de Rector Magnificus Dr. D. D. Breimer,
hoogleraar in de faculteit der Wiskunde en
Natuurwetenschappen en die der Geneeskunde,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op woensdag 22 juni 2005
klokke 16.15 uur

door

Govert Matthias Kerpestein

geboren te Vlissingen
in 1964

Amsterdam, 2005

Promotiecommissie:

Promotor:	Prof. mr. Jac. Hijma
Referent:	Prof. mr. W. M. Kleijn
Overige leden:	Prof. mr. P. Abas (Universiteit van Amsterdam) Prof. mr. J. M. Hebly Prof. mr. A. W. Jongbloed (Universiteit Utrecht) Prof. mr. F. T. Oldenhuis (Rijksuniversiteit Groningen) Prof. mr. H. J. Snijders

Van dit proefschrift verschijnt een handelseditie bij Sdu Uitgevers met de titel *Huurrecht Bedrijfsruimte* (2e, herziene druk).

Productie: Hilarius Publicaties, Leiden

© G. M. Kerpestein, Amsterdam 2005

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de auteur te wenden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system of any nature, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior written permission of the author.

Inhoud

Afkortingenlijst / 13

Algemene inleiding / 15
Woord vooraf / 15
Doel van onderzoek / 15
Afbakening van het onderzoek / 18
Rechtsvergelijking / 18

1 Een systematische oriëntatie / 21
1.1 De inbedding van het nieuwe huurrecht in het Burgerlijk Wetboek / 21
1.2 Van dwingend recht naar semi-dwingend recht / 22
1.3 Het vernieuwde huurbegrip / 27
1.3.1 De elementen van een huurovereenkomst (art. 7:201 BW) / 29
1.4 De gemengde overeenkomst / 33
1.4.1 Algemeen / 33
1.4.2 Franchising / 35
1.5 De gemengde huurovereenkomst / 42
1.6 Flexibiliteit / 44

2 Een historische oriëntatie / 45
2.1 Inleiding / 45
2.2 De historie van het huurrecht bedrijfsruimte / 45
2.2.1 Het huurrecht voorafgaand aan de Tweede Wereldoorlog / 47
2.2.2 Het huurrecht na de Tweede Wereldoorlog / 48
2.3 Opzet en kenmerken van de nieuwe wetgeving / 62
2.3.1 Detailhandelsbedrijfsruimte / 62
2.3.2 Overige bedrijfsruimte / 65

3 Een rechtsvergelijkende oriëntatie / 67
3.1 De hoofdlijnen van het huurrecht in België / 67
3.2 Handelshuur / 72
3.3 De hoofdlijnen van het huurrecht in Frankrijk / 80
3.4 Bail commercial / 81
3.5 De hoofdlijnen van het huurrecht in Zwitserland / 87
3.6 Bail commercial: dwingend, semi-dwingend of regelend? / 91

4 Varianten op huur en verhuur van bedrijfsruimte / 93
4.1 Leasing van onroerende zaken / 93
4.1.1 Leasing in het algemeen / 93
4.1.2 Leasing van onroerende zaken / 94
4.1.3 Operationele lease / 95
4.1.4 Financiële lease / 97
4.1.5 Het fiscale aspect van financiële lease / 98
4.1.6 De afgrenzing van (zuivere) financiële lease met huur / 99
4.2 Huurkoop / 103
4.2.1 Inleiding / 103
4.2.2 Historische ontwikkeling / 104
4.2.3 De TWHOG / 105
4.2.4 De behoefte aan flexibiliteit / 106
4.2.5 Van flexibiliteit naar inflexibiliteit / 107
4.2.6 Rechtsvergelijking België / 108
4.2.7 Rechtsvergelijking Frankrijk / 113
4.2.8 Rechtsvergelijking Zwitserland / 116
4.3 Publiekrechtelijke uitgifte in huur / 118
4.3.1 Rechtsvergelijking België / 122
4.3.2 Rechtsvergelijking Frankrijk / 126
4.3.3 Rechtsvergelijking Zwitserland / 129
4.4 De commanditaire vennootschap / 130
4.4.1 Inleiding / 130
4.4.2 De AHK-kwestie / 130
4.4.3 De aard en de plaats van de CV in het vennootschapsrecht / 131
4.4.4 Art. 7A:1662 lid 2 BW en zijn opvolger / 136
4.4.5 De reikwijdte van de ontwijkingsconstructie / 139
4.4.6 Rechtsvergelijking België / 139
4.4.7 Rechtsvergelijking Frankrijk / 143
4.4.8 Rechtsvergelijking Zwitserland / 143
4.5 Flexibiliteit / 144

5 De staat van het gehuurde / 147
5.1 Inleiding / 147
5.2 Het ter beschikking stellen van het gehuurde / 147
5.3 Het herstellen van gebreken / 150
5.3.1 De ruime definitie van ‘gebrek’ / 151
5.3.2 De gevallen waarin de verhuurder niet aansprakelijk is / 157
5.3.3 De acties van de huurder / 158
5.3.4 Semi-dwingend recht / 165
5.3.5 Het geheel vergaan van het gehuurde / 167
5.3.6 Feitelijke stoornis: artikel 7:204 lid 3 BW / 175
5.3.7 Procesbijstandsplicht bij rechtsstoornis (art. 7:211 BW) / 175
5.4 Het zich gedragen als een goed huurder / 177

5.4.1 Het verbod op het veranderen van de gedaante en inrichting van het gehuurde / 177
5.4.2 De verplichting tot het verrichten van kleine herstellingen / 180
5.4.3 De gedoogplicht van dringende werkzaamheden / 182
5.4.4 De gedoogplicht van (complexgewijze) renovaties / 184
5.4.5 De gedoogplicht van aanplakkingen en bezichtigingen / 188
5.4.6 De meldingsplicht van gebreken / 188
5.4.7 Het zich onthouden van onderverhuur bij redelijke bezwaren van de verhuurder / 189
5.4.8 De opleveringsplicht aan het einde van de huur / 192
5.5 Aansprakelijkheid van de huurder voor schade tijdens de huur / 197
5.6 Rechtsvergelijking gebrekenregeling / 198
5.6.1 België / 198
5.6.2 Frankrijk / 203
5.6.3 Zwitserland / 204
5.7 Rechtsvergelijking onderhuur / 206
5.7.1 België / 206
5.7.2 Frankrijk / 208
5.7.3 Zwitserland / 213
5.8 Flexibiliteit / 216

6 De twee categorieën bedrijfsruimte / 223
6.1 Inleiding / 223
6.2 Wat is bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:290 BW? / 223
6.2.1 Onderdeel 1: 'een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan' / 225
6.2.2 Onderdeel 2: '(…) krachtens overeenkomst van huur en verhuur (…)' / 234
6.2.3 Onderdeel 3: '(…) bestemd voor de uitoefening (…)' / 234
6.2.4 Onderdeel 4: '(…) van een kleinhandelsbedrijf (…)' / 236
6.2.5 Onderdeel 5: '(…) van een restaurant- of cafébedrijf (…)' / 244
6.2.6 Onderdeel 6: '(…) van een afhaal- of besteldienst (…)' / 246
6.2.7 Onderdeel 7: '(…) of van een ambachtsbedrijf (…)' / 247
6.2.8 Onderdeel 8: '(…) een en ander indien in de verhuurde ruimte een voor het publiek toegankelijk lokaal voor de rechtstreekse levering van roerende zaken of dienstverlening aanwezig is (…)' / 249
6.2.9 Onderdeel 9: '(…) bestemd (…) voor de uitoefening van een hotelbedrijf (…)' / 252
6.2.10 Onderdeel 10: '(…) bestemd (…) voor de uitoefening van een kampeerbedrijf (…)' / 252
6.3 De 'afhankelijke woning' / 253
6.4 Bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:230A BW / 255
6.5 Van onwenselijke flexibiliteit naar rechtszekerheid / 260

7 Termijnbescherming / 265
7.1 De achtergrond van de termijnbescherming / 265
7.2 De hoofdregel: vijf plus vijf jaar / 265
7.2.1 De duur van de eerste huurperiode / 265
7.2.2 De duur van de verlenging / 266
7.3 Het semi-dwingendrechtelijke karakter van (o.a.) de termijnbescherming / 267
7.3.1 De eerste beperking van het semi-dwingend recht: de contractspartij / 269
7.3.2 De tweede beperking van het semi-dwingend recht: de duur / 271
7.3.3 De derde beperking van het semi-dwingend recht: de goedkeuring van de rechter voor afwijkende bedingen (art. 7:292 lid 2 en lid 3 BW) / 272
7.3.4 De vierde beperking van het semi-dwingend recht: de huurovereenkomst van maximaal twee jaar / 278
7.4 De periode na tien jaar / 282
7.5 Flexibiliteit / 282
7.5.1 Inleiding / 282
7.5.2 Redelijkheid en billijkheid in het huurrecht bedrijfsruimte / 285
7.5.3 Onvoorziene omstandigheden in het huurrecht bedrijfsruimte / 290

8 Beëindiging na opzegging / 299
8.1 Inleiding / 299
8.2 De momenten waartegen opzegging kan plaatsvinden / 299
8.3 De opzeggingsformaliteiten / 300
8.3.1 De verzending per aangetekende brief dan wel de betekening door de gerechtsdeurwaarder / 300
8.3.2 De opzeggingstermijn / 301
8.3.3 De gevolgen van de opzeggingsbrief / 305
8.3.4 De inhoud van de opzeggingsbrief / 306
8.4 De opzeggingsgronden in het nieuwe huurrecht / 307
8.4.1 De gronden van opzegging tegen het einde van de eerste huurperiode in kort bestek / 307
8.4.2 De opzeggingsgronden tegen het einde van de verlengingsperiode in kort bestek / 308
8.5 De opzeggingsgrond 'onbehoorlijke bedrijfsvoering' nader beschouwd / 310
8.6 De opzeggingsgrond 'dringend eigen gebruik' nader beschouwd / 312
8.6.1 Algemene beschouwing / 312
8.6.2 De wachttijd van drie jaar na rechtsopvolging / 315
8.6.3 '(…) persoonlijk (…) gebruik (…)' / 317
8.6.4 '(…) duurzaam gebruik (…)' / 318
8.6.5 Onbeperkte invulling van het eigen gebruik in het nieuwe huurrecht / 319
8.6.6 '(…) dringend nodig (…)' / 320
8.6.7 Renovatie onder beëindiging van de huurovereenkomst / 323
8.7 De opzeggingsgrond 'belangenafweging' nader beschouwd / 324

8.7.1 De vernieuwde belangenafweging in het nieuwe huurrecht / 324
8.7.2 Het afwegen van belangen op zichzelf beschouwd / 328
8.8 De opzeggingsgrond 'redelijk aanbod nieuwe huurovereenkomst' nader beschouwd / 329
8.9 De opzeggingsgrond 'verwezenlijking bestemmingsplan' nader beschouwd / 331
8.10 De gevolgen van het afwijzen van de beëindigingsvordering / 332
8.11 De gevolgen van het toewijzen van de beëindigingsvordering / 332
8.12 Tegemoetkoming verhuis- en herinrichtingskosten / 334
8.13 Vergoeding van voordeel genoten na beëindiging / 335
8.14 Wil tot eigen gebruik blijkt niet aanwezig te zijn geweest / 336
8.15 Schadevergoeding na beëindiging wegens 'werken in het algemeen belang' / 338
8.16 Rechtsvergelijking / 340
8.16.1 Rechtsvergelijking België / 340
8.16.2 Rechtsvergelijking Frankrijk / 346
8.16.3 Rechtsvergelijking Zwitserland / 347
8.17 Flexibiliteit / 348
8.17.1 Renovaties in het nieuwe huurrecht bedrijfsruimte / 348
8.17.2 De nieuwe belangenafweging / 349
8.17.3 De sterke invloed van de redelijkheid en billijkheid bij opzegging / 350

9 Tussentijdse beëindiging / 351
9.1 De beëindigingsovereenkomst / 351
9.2 Opzegging door de erfgenamen van een overleden huurder / 352
9.3 Ontbinding wegens wanprestatie / 354
9.3.1 De strekking en reikwijdte van artikel 7:231 BW / 354
9.3.2 De grote rol van het algemene verbintenissenrecht / 358
9.3.3 De rol van ontbinding in de praktijk / 359
9.4 Ontbinding bij sluiting van een pand ter bestrijding van drugsoverlast / 360
9.5 Ontbinding wegens verwezenlijking bestemmingsplan nieuwe eigenaar/ verhuurder / 363
9.6 Beëindiging als gevolg van het faillissement en surseance van de huurder / 363
9.6.1 Grondslag en strekking van artikel 39 Faillissementswet / 363
9.6.2 Surseance van betaling / 364
9.6.3 Opzegging krachtens artikel 39 Faillissementswet en indeplaatsstelling / 365
9.7 Flexibiliteit / 367

10 Indeplaatsstelling / 369
10.1 Grondslag en strekking van indeplaatsstelling / 369
10.2 Het belang van het voorbehoud tot indeplaatsstelling bij bedrijfsoverdracht / 371
10.3 Het moment waarop indeplaatsstelling moet worden gevorderd / 372
10.4 De huurder is degene die indeplaatsstelling vordert / 373
10.5 De voorwaarden voor indeplaatsstelling / 373

10.5.1 De bedrijfsoverdracht / 373
10.5.2 Het zwaarwichtige belang bij bedrijfsoverdracht / 375
10.5.3 Het bieden van voldoende waarborgen / 376
10.6 De rol van de rechter / 377
10.6.1 Het toetsingskader van de rechter / 377
10.6.2 De machtiging / 377
10.7 De rechtsgevolgen van indeplaatsstelling / 378
10.8 Rechtsvergelijking / 378
10.8.1 België / 378
10.8.2 Frankrijk / 381
10.8.3 Zwitserland / 381
10.9 Flexibiliteit / 384

11 Nadere huurprijsvaststelling / 387
11.1 Inleiding / 387
11.2 De grondslag en strekking van nadere huurprijsvaststelling / 387
11.3 Het begrip 'huurprijs' / 388
11.3.1 De enge uitleg van het begrip door de Hoge Raad / 388
11.3.2 Het vergelijkbaar maken van de huurprijs van gemengde overeenkomsten / 390
11.4 Het moment waarop nadere huurprijsvaststelling mogelijk is / 393
11.5 Voorafgaand deskundigenadvies als ontvankelijkheidseis / 395
11.5.1 Probleem 1: de contra-expertise / 397
11.5.2 Probleem 2: de referentieperiode / 398
11.5.3 Toepasselijkheid art 194 t/m art. 200 Rv / 398
11.6 De mogelijkheid van een afwijkende ingangsdatum en de ingroeiregeling / 399
11.6.1 De mogelijkheid van een afwijkende ingangsdatum / 399
11.6.2 De ingroeiregeling / 400
11.7 De rente over de verschuldigde huurpenningen na nadere vaststelling van de huurprijs / 401
11.8 Het verbinden van een indexeringsregeling aan de nader vastgestelde huurprijs / 401
11.9 De maatstaven voor de nader vast te stellen huurprijs / 404
11.9.1 Achtergronden en strekking van de thans geldende maatstaven / 404
11.9.2 De objectieve wettelijke maatstaf / 406
11.10 De bijzondere omstandigheden als aanvulling op de wettelijke objectieve maatstaf / 418
11.11 Verbeteringen / 422
11.11.1 Grondslag en strekking / 422
11.11.2 Enkele voorbeelden van verbeteringen / 423
11.11.3 De vergoeding van de verbeteringskosten door de verhuurder / 424
11.11.4 De invloed van verbeteringen op de gevorderde huurprijs / 424
11.11.5 De bijzondere geschiktheid als factor van betekenis / 426
11.12 De energiebesparende verbeteringen na aanschrijving van de gemeente / 427

11.13 Rechtsvergelijking / 429
11.13.1 België / 429
11.13.2 Frankrijk / 432
11.13.3 Zwitserland / 440
11.14 Flexibiliteit / 442

12 Mededingingsrecht / 445
12.1 Inleiding / 445
12.2 Winkelcentra / 445
12.3 De criteria van de Mededingingswet / 446
12.4 Flexibiliteit / 450

13 Bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230A BW / 451
13.1 Inleiding / 451
13.2 De reflexwerking van de wettelijke regeling voor detailhandelsbedrijfsruimte / 453
13.3 De beëindiging van een huurovereenkomst voor overige bedrijfsruimte / 455
13.3.1 De ontruimingsaanzegging annex opzegging door de verhuurder / 455
13.3.2 De buitengerechtelijke huurontbinding / 457
13.3.3 Opzegging op de voet van artikel 39 Faillissementswet / 458
13.3.4 Opzegging wegens 'werken in het algemeen belang' / 458
13.3.5 Ontbinding wegens verwezenlijking bestemmingsplan nieuwe eigenaar/verhuurder / 458
13.4 Het einde van de huur en de opzegging annex ontruimingsaanzegging / 458
13.4.1 Opzegging en ontruimingsaanzegging / 458
13.4.2 De opzeggingstermijn / 460
13.4.3 De uitzonderingen op de regel van de geschorste ontruimingsverplichting / 460
13.5 De huurprijs / 461
13.6 Kwalificatiegeschillen / 462
13.6.1 De zgn. 'voorvraag' over de kwalificatie / 462
13.6.2 Het doorbreken van het wettelijke appèlverbod / 464
13.6.3 De leer van de Hoge Raad bij kwalificatiegeschillen / 465
13.7 Flexibiliteit / 465

14 Conclusies / 467
14.1 Flexibiliteit / 467
14.2 Verdere suggesties voor flexibiliteit / 470
14.3 Suggesties voor verder debat / 470
14.4 Wettechnische opmerkingen / 471

Samenvatting / 473
Algemene Inleiding / 473
Een systematische oriëntatie (hoofdstuk 1) / 473

Een historische oriëntatie (hoofdstuk 2) / 474
Een rechtsvergelijkende oriëntatie (hoofdstuk 3) / 474
Varianten op huur en verhuur van bedrijfsruimte (hoofdstuk 4) / 474
De staat van het gehuurde (hoofdstuk 5) / 475
De twee categorieën bedrijfsruimte (hoofdstuk 6) / 476
Termijnbescherming (hoofdstuk 7) / 476
Beëindiging na opzegging (hoofdstuk 8) / 476
Tussentijdse huurbeëindiging (hoofdstuk 9) / 477
Indeplaatsstelling (hoofdstuk 10) / 477
Nadere huurprijsvaststelling (hoofdstuk 11) / 477
Mededingingsrecht (hoofdstuk 12) / 478
Bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230A BW (hoofdstuk 13) / 478
Conclusies / 478

Résumé / 481
Préambule / 481
Une orientation systématique (chapitre 1) / 481
Une orientation historique (chapitre 2) / 482
Une orientation en droit compare (chapitre 3) / 482
Les variantes de bail commercial (chapitre 4) / 482
L'état de la chose louée (chapitre 5) / 483
Les deux catégories de lieux d'exploitation (chapitre 6) / 483
Protection du délai (chapitre 7) / 484
Résiliation après congé (chapitre 8) / 484
La fin intérimaire du bail (chapitre 9) / 485
Substitution (chapitre 10) / 485
Révision du loyer (chapitre 11) / 485
Droit de la concurrence (chapitre 12) / 486
Lieu d'exploitation au sens de l'art. 7:230A du Code civil néerlandais (chapitre 13) / 486
Conclusions / 486

Literatuuroverzicht / 489
Boeken / 489
Artikelen / 496

Jurisprudentieregister / 501

Trefwoordenregister / 517

Personalia / 525

Afkortingenlijst

AAe	Ars Aequi
AB RvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
A-G	Advocaat-Generaal
AJPI	Actualité juridique, Propriété immobilière (t/m 1997)
AJDI	Actualité juridique, Droit immobilier (vanaf 1998)
AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
art(t).	artikel(en)
AWB	Algemene Wet Bestuursrecht
BHAC	Bedrijfshuuradviescommissie
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
BV	besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CV	Commanditaire vennootschap
c.v.	centrale verwarming
diss.	dissertatie
éd.	édition
EK	Eerste Kamer
e.v.	en verder
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Fw.	Faillissementswet
Hand.	Handelingen
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Hw.	Huurwet
JCPI	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition commerce et industrie (t/m 1983)
JCPD	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition entreprise (vanaf 1994)
JHV	Journaal Huur & Verhuur
KB	Koninklijk Besluit
KG	Kort Geding
KGK	Kort Geding kort
Ktr.	Kantonrechter
KNOV	Koninklijk Nederlands Ondernemers Verbond
Mon.	Monografie(ën)
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
Mw.	Mededingingswet

NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NCOV	Nederlands Christelijk Ondernemers Verbond
n.g.	niet gepubliceerd
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
N*t*BR	Nederlands tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NV	naamloze vennootschap
NVM	Nederlandse Vereniging van Makelaars
Ow.	Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek
PG	Parlementaire Geschiedenis
Pres. Rb.	President van de rechtbank
Prg.	Praktijkgids
Rb.	Rechtbank
RFGB	Raad voor het Filiaal- en Grootwinkelbedrijf
ROZ	Raad voor Onroerende Zaken
RvdW	Rechtspraak van de Week
Wet RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
RvS	Raad van State
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
THB	Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte
TK	Tweede Kamer
TWHOZ	Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerende Zaken
UvA	Universiteit van Amsterdam
VU	Vrije Universiteit van Amsterdam
Vz.	Voorzitter
Vrz.	Voorzieningenrechter
VVK	Vereniging van Kamers van Koophandel en Fabrieken in Nederland
Wet RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WR	Woon- en bedrijfsruimtehuurrecht
Ww	Woningwet
zgn.	zogenaamde

Algemene inleiding

Woord vooraf

Het belang van het begrip 'locatie' heeft slechts een enkeling naar de pen doen grijpen om daarover te amuseren. In de roman *Publieke werken* van Thomas Rosenboom[1] heeft de hoofdpersoon Vedder een hang naar het openbare. Hij heeft, anno 1888, vooral een unieke fascinatie voor begrippen als 'locatie', 'passantenstroom' en 'verkeerd gebouwde hotels'. Onder het pseudoniem Veritas stuurt hij voortdurend allerhande ingezonden stukken naar de krant waarin hij de publieke zaak bekritiseert. Lopend door Amsterdam doet hij daartoe inspiratie op. Daarbij vraagt Vedder zich op een gegeven moment af waarom er zoveel hotels op de verkeerde locaties zijn gebouwd. Ineens ziet hij het licht:

> Denkend aan zijn specialisme begreep Vedder opeens ook de opkomst van het luxehotel in samenhang met het spoorwegwezen, waardoor er immers een voorheen niet-bestaand publiek van welgestelde plezierreizigers was ontstaan: daarom lag het Amstel Hotel zo ver buiten de binnenstad, vlakbij het Rhijnspoorstation immers! Om dezelfde verkeerskundige reden ook was het American Hotel aan het Leidseplein gebouwd – omdat men toen nog verwachtte dat het Centraal Station dáár terecht zou komen!

En zo gaat Vedder nog een tijdje door. In zijn ingezonden stukken bepleit Vedder verkeersaders om te leggen, grachten te dempen en adviseert hij tot sloop van panden. Een amusant relaas met name omdat niemand naar hem luisterde, de toenemende stroom ingezonden stukken ten spijt. Pas in de jaren '50 is Vedders stem gehoord, toen 'locatie' een ijkpunt werd in de eerste stappen op weg naar het huurrecht bedrijfsruimte zoals we dat nu kennen.[2]

Doel van onderzoek

Dit boek beoogt een analyse van het nieuwe wettelijk huurrecht bedrijfsruimte te zijn, waarmee tevens een debat over een principiële herijking op dit terrein op gang kan

1 E. M. Querido's Uitgeverij, 2001.

2 Ook de liefhebbers van woonruimtehuurrecht komen sinds kort aan hun literaire trekken. Ik verwijs hen naar de roman 'Casino' van Marja Brouwers (De Bezige Bij, 2004), waarin een uiterst doorwrochte analyse van een gebrekenkwestie is opgenomen, spelend in een pand aan de Van Eeghenlaan te Amsterdam.

worden geholpen. Ter stimulering van dit laatste wordt de nieuwe wetgeving op het gebied van huur en verhuur van bedrijfsruimte op de noodzakelijke flexibiliteit getoetst.

Op 1 augustus 2003 is de nieuwe huurwetgeving in werking getreden. Niet alleen het wettelijk huurrecht van bedrijfsruimte is herzien, ook het wettelijk huurrecht van woonruimte en de algemene bepalingen zijn ingrijpend gewijzigd. Onder intrekking van de Huurwet en de Huurprijzenwet is daarmee het gehele wettelijk huurrecht na vele jaren van debat en voorbereiding geïntegreerd en in gesystematiseerde vorm definitief ingebed in titel 7.4 van het Burgerlijk Wetboek. Hieraan was behoefte, omdat de regelgeving van het oude wettelijk huurrecht versnipperd en onoverzichtelijk was. Voor het wettelijk huurrecht van bedrijfsruimte zijn naast de nieuwe specifieke wettelijke bepalingen die daarop betrekking hebben ook van belang de algemene bepalingen die eveneens daarop van toepassing zijn. Eén en ander wordt in dit boek geanalyseerd en getoetst op praktische toepasbaarheid, waarbij ook diverse wettechnische onvolkomenheden worden blootgelegd.

De analyse is kritisch op de kernonderdelen van dit boek, zoals de introductie van 'semi-dwingend recht' in afdeling 7.4.6 BW (paragraaf 1.2), de wettelijke regeling met betrekking tot afgrenzing van huurkoop en huur (paragraaf 4.1.6), de publiekrechtelijke uitgifte in huur en de commanditaire vennootschap als ontwijkingsconstructies (resp. paragraaf 4.3 en 4.4), de complicaties bij de toepasselijkheid van de gebrekenregeling ingeval van immateriële gebreken bij bedrijfsruimte (paragraaf 5.3.1), de complicaties bij de toepasselijkheid van de regeling van Zelf Aangebrachte Voorzieningen ('ZAV') bij bedrijfsruimte (paragraaf 5.4.1), het onderscheid tussen de detailhandelsbedrijfsruimte en overige bedrijfsruimte (resp. paragraaf 6.2. en 6.4) en de heroverweging daarvan (paragraaf 6.5), de nieuwe belangenafweging bij opzegging (paragraaf 8.7.1), de omzethuur (paragraaf 11.14) en de situering van de wettelijke regeling van de overige bedrijfsruimte in de nieuwe wetgeving (paragraaf 13.1).

Debat

Dit laatste geschiedt tegen de achtergrond van recente maatschappelijke ontwikkelingen, met name die in de detailhandelbranche, waarbij de algemene vraag centraal staat in hoeverre de vernieuwde wetgeving anno 2005 nog wel in een behoefte voorziet. Een debat over het nieuwe huurrecht bedrijfsruimte ontbreekt; er bestaan nauwelijks opiniërende publicaties over dit onderwerp.[3] De aandacht richt zich slechts op politiek hete hangijzers als onderhuur en zelfwerkzaamheid in het huurrecht woonruimte. Dit is opmerkelijk omdat er veel over gezegd kan worden en men behoeft niet af te wachten

3 De enige publicatie waarin aan de principiële bel werd getrokken was de bijdrage van Huydecoper in de Mokbundel: J. L. R. A. Huydecoper, 'Wat het zwaarst weegt', Mok-*aria*, Deventer, 2002, p. 97 t/m 105. Hij beoogt, wat het wettelijk huurrecht bedrijfsruimte betreft, een volle(re) belangenafweging bij huurbeëindiging, resulterend in een verbeterde vorm van huurdersbescherming. Met het eerste ben ik het van harte eens, met het tweede niet, omdat dit niet per se uit een ruimhartiger belangenafweging voortvloeit.

wat een kantonrechter in een bepaalde kwestie ervan vindt. Het boek dient dus ook te worden gezien als een steen in een vijver met stilstaand water.

Maatschappelijke ontwikkelingen
De vraag in hoeverre het huurrecht bedrijfsruimte in een behoefte voorziet is relevant omdat het sociaal-economisch en maatschappelijk klimaat in Nederland snel verandert. Niettemin blijven de hoofdlijnen van de vernieuwde wetgeving op het gebied van bedrijfsruimte op de 40 jaar oude leest geschoeid. Daarbij was de bedoeling de detailhandel te stimuleren door investeringen op een bepaalde gehuurde locatie terug te laten verdienen in een periode die gelijk was aan de toentertijd (naar goed koopmansgebruik) gebruikelijke fiscale afschrijvingstermijn van vijf jaar. Maar de tijden zijn veranderd. Aan huurders' zijde heeft de schaalvergroting in Nederland toegeslagen en grootwinkelbedrijven, samenwerkingsverbanden, franchiseketens, inkoopcorporaties en dergelijke rijzen als paddestoelen uit de grond.[4] Investeringsrisico's in de detailhandel worden in de meeste gevallen niet meer door een enkele winkelier gedragen maar worden over diverse vestigingen van dezelfde keten verspreid.
Daarbij komt nog dat trends in de detailhandel elkaar steeds sneller afwisselen hetgeen vaker dan één keer in de vijf jaar het bekostigen van investeringen vergt. Bovendien volgt de behoefte (of het gebrek daaraan) aan kantoorruimte in de dienstensector de snel veranderende economische ontwikkelingen op de voet, bijvoorbeeld in de IT-sector. Hierbij is flexibiliteit op het punt van gehuurde bedrijfshuisvesting van rechtstreekse invloed op het winstpotentieel. Het in november 2003 verschenen rapport *Cijfers & Trends 2003/2004* van de Rabobank bevestigt de behoefte aan flexibiliteit in het midden- en kleinbedrijf op basis van een uitgebreid onderzoek naar 613 000 bedrijfsobjecten.[5] Uit dit rapport blijkt dat bedrijfshuisvesting complex is, veel geld kost maar een bedrijf veel kan opleveren indien daarmee actief wordt omgegaan.

De behoefte aan flexibiliteit
De huurder van bedrijfsruimte als contractspartij blijkt in een zich steeds sneller wijzigende markt dus sterker te zijn geworden en behoefte te hebben aan flexibiliteit op het gebied van bedrijfshuisvesting. Veelal zijn huurder en verhuurder in deze branche zelfs gelijkwaardige en professionele partijen. Ook komt het voor dat een winkelketen van een particulier huurt, waardoor de rollen juist zijn omgedraaid. Zo kan in de huidige, snel veranderende markt bijvoorbeeld termijnbescherming gaan knellen. De dwingendrechtelijke termijnbescherming van de huurder zoals deze in het oude huurrecht gold, kan hierdoor onder bepaalde omstandigheden in een ander daglicht komen te staan. De ratio van huurbescherming in het huurrecht van bedrijfsruimte is daarmee verschoven van schaarste naar bedrijfsmatige belangen, die afhankelijk zijn van een sterk veranderende markt. Het nieuwe wettelijke huurrecht van bedrijfsruimte beoogt duidelijker en compacter te zijn dan het oude huurrecht, hetgeen de toegankelijkheid verhoogt.

4 Kamerstukken II 2000/2001, 26 089, nr. 19, p. 53.
5 Rabobank Nederland, *Rabobank Cijfers en Trends 2003/2004*, Rabobank Nederland, 2003.

Maar voorziet de wetgever ook in de kennelijke behoefte aan flexibiliteit? Naast de uitvoerige beschouwing over het nieuwe huurrecht van bedrijfsruimte staat deze vraag centraal in dit boek. Ook de verhuurder van bedrijfsruimte kan behoefte hebben aan flexibiliteit. In de praktijk pogen verhuurders soms het gehele wettelijke huurrecht buiten werking te stellen, doorgaans tevergeefs. In dit boek wordt onderzocht waar op dit punt wél oplossingen te vinden zijn die de verhuurder verregaande flexibiliteit opleveren.

Afbakening van het onderzoek

Dit boek heeft een brede opzet. Naast een grondige beschrijving en kritische analyse van het nieuwe wettelijke huurrecht bedrijfsruimte krijgt de inbedding ervan in het algemene verbintenissenrecht en het vermogensrecht ruime aandacht. Bovendien worden diverse aanpalende onderwerpen behandeld: leasing, huurkoop, publiekrechtelijk huurrecht, het vennootschapsrecht bij ontwijkingsconstructies, faillissementsrecht, franchising en mededingingsrecht. Juist omdat in dit boek het nieuwe wettelijke huurrecht bedrijfsruimte tevens op flexibiliteit wordt getoetst is het interessant te kijken hoe de ontmoeting van het huurrecht bedrijfsruimte met andere fenomenen zich voltrekt. Ook deze ontmoetingen inspireren tot debat.

Rechtsvergelijking

In dit boek worden, daar waar instructief, uitgebreide excursies gemaakt naar het Belgische, het Franse en het Zwitserse huurrecht bedrijfsruimte.[6] Juist omdat ook in België en Frankrijk de Code Civil ten grondslag ligt aan het hedendaagse huurrecht, biedt een grondige rechtsvergelijking met deze landen op de onderstaande onderdelen inspiratie voor verder debat over een verbeterd wettelijk huurrecht bedrijfsruimte in Nederland. Een vergelijking met Zwitserland is op de onderstaande onderdelen juist interessant, omdat daaruit blijkt dat zonder deze grondslag al snel tot een geheel andere wettelijke structuur kan worden gekomen, hetgeen een verfrissende blik oplevert op de structuur van ons wettelijk huurrecht. Wat alle drie landen betreft worden overeenkomsten en verschillen in kaart gebracht, waarbij telkens de afwijkende elementen worden getoetst op bruikbaarheid. De navolgende onderwerpen worden in rechtsvergelijkend perspectief behandeld:

- een overzicht van de overeenkomsten en verschillen van de wettelijke systemen in België, Frankrijk en Zwitserland in zijn algemeenheid (hoofdstuk 3)
- het 'semi-dwingend recht' (hoofdstuk 3)
- leasing en huurkoop (paragrafen 4.2.6 t/m 4.2.8)

6 In de Nederlandse huurrechtelijke literatuur ontbreekt -helaas- een behoorlijke rechtsvergelijking. Ik trof slechts één publicatie aan: A. W. Jongbloed, *Landlord and Tenant Law in the United States*, WR 1998, nr. 5, p. 121-125 en dat artikel betreft slechts woonruimte. Voor een algemene studie over (ook) het huurrecht bedrijfsruimte en omliggende gebieden in de Verenigde Staten verwijs ik naar J. G. Sprankling, *Understanding Property Law*, New York: Lexis Publishing, 2000, met name p. 202-299.

- de publiekrechtelijke uitgifte in huur als ontwijkingsconstructie (paragrafen 4.3.1 t/m 4.3.3)
- de commanditaire vennootschap als ontwijkingsconstructie (paragrafen 4.4.6 t/m 4.4.8)
- de gebrekenregeling c.q. de complicaties bij immateriële gebreken bij bedrijfsruimte (paragrafen 5.6.1 t/m 5.6.3)
- onderhuur (paragrafen 5.7.1 t/m 5.7.3)
- huurbeëindiging (paragrafen 8.16.1 t/m 8.16.3)
- indeplaatsstelling (paragrafen 10.8.1 t/m 10.8.3)
- huurprijsvasstelling c.q. omzethuur (paragrafen 11.13.1 t/m 11.13.3)

De rechtsvergelijking is per onderwerp in het boek geïntegreerd teneinde de structuur en het overzicht van dit boek te behouden.

De indeling in categoriëen bedrijfsruimte en de daarmee samenhangende termijnbescherming zijn enerzijds verwerkt in het algemene rechtsvergelijkend overzicht (hoofdstuk 3), anderzijds in de inventarisatie van de daaraan gekoppelde beëindigingsregelingen in de onderscheidene landen (paragrafen 8.16.1 t/m 18.16.3). Enkele andere onderwerpen zijn buiten de rechtsvergelijking gehouden, zoals de tussentijdse beëindiging, franchising en het mededingingsrecht. Het eerste onderwerp is zodanig sterk verweven met het commune verbintenissenrecht dat een rechtsvergelijkende studie het kader van dit boek te zeer te buiten zou gaan. De laatste twee onderwerpen zijn zozeer de resultante van Europeesrechtelijke regelgeving dat een rechtsvergelijking geen meerwaarde voor dit boek biedt.

1 Een systematische oriëntatie

1.1 De inbedding van het nieuwe huurrecht in het Burgerlijk Wetboek

Boek 7A van het Burgerlijk Wetboek vormt sedert de invoering op 1 januari 1992 van de nieuwe Boeken 3, 5 en 6 de parkeerplaats van diverse verouderde bijzondere overeenkomsten welke een grondige onderhoudsbeurt behoeven. Niet alleen de huurovereenkomst, maar ook bijvoorbeeld de huurkoopovereenkomst, de arbeidsovereenkomst, de aannemingsovereenkomst en de maatschap als contractuele vennootschap werden aldaar – tijdelijk – geparkeerd in afwachting van renovatie en implementatie in de gelaagde structuur van het BW. Stuk voor stuk zijn deze benoemde overeenkomsten onderworpen aan een ingrijpende onderhoudsbeurt, waarvan er enkele reeds in gerenoveerde vorm weer in het verkeer zijn gebracht. Daaronder bevindt zich de huurovereenkomst, opgenomen in Boek 7.4 BW met de treffende titel: 'huur', waarvan de aloude globale drieledige wettelijke structuur van het oude huurrecht is behouden: algemene bepalingen (afdeling 1 t/m 4), woonruimte (afdeling 5), bedrijfsruimte (afdeling 6).

De algemene bepalingen regelen de basis van de rechtsverhouding tussen huurder en verhuurder van zowel woonruimte als bedrijfsruimte. Deze basis bestaat uit de essentiële onderdelen van een huurovereenkomst, de wederzijdse verplichtingen van huurder en verhuurder, de instandhouding van de huurovereenkomst indien het gehuurde van eigenaar wisselt en de wijze waarop het gehuurde moet worden opgeleverd bij het einde van de huur. Deze bepalingen zijn binnen het huurrecht algemeen van aard en hebben dan ook betrekking op de huur en verhuur van onroerende zaken, roerende zaken en vermogensrechten.[1] Binnen het kader van dit boek zal ik mij uiteraard beperken tot de (bebouwde) onroerende zaken en meer in het bijzonder de bedrijfsruimten. Vanwege het algemene karakter van de afdelingen 1 t/m 4 (de artt. 7:201 t/m 7:231 BW) heeft de wetgever deze bepalingen in een aparte regeling opgenomen, zodat deze in beginsel altijd van toepassing zijn naast de specifieke wettelijke regeling van de huur en verhuur van woonruimte in afdeling 5 (de artt. 7:232 t/m 7:282 BW) en naast de specifieke wettelijke regeling van de huur en verhuur van bedrijfsruimte in afdeling 6 (de artt.7:290 t/m 7:310 en 7:230A BW). Dit betekent dat de algemene bepalingen ambigu van aard zijn.

1 Overigens valt meteen op dat het tot algemene bepaling veroordeelde art. 7:230A de categorie 'overige bedrijfsruimte' regelt, welbeschouwd geen algemene bepaling is en dus in afdeling 7.4.4 niet thuis hoort.

De nieuwe plaatsing van het huurrecht in Boek 7.4 BW in de gelaagde structuur van het BW dwingt vanuit wetssystematisch oogpunt tot een indringender invloed en toepassing van het algemeen verbintenissenrecht en het vermogensrecht. Met name geldt dit bij de totstandkoming van een huurovereenkomst, de problematiek bij gemengde overeenkomsten, nietigheden en vernietigbaarheden, dwaling en onvoorziene omstandigheden.[2] Ook de nieuwe gebrekenregeling dient uitdrukkelijk tegen de achtergrond van het algemene verbintenissenrecht te worden beschouwd.[3] Ook leerstukken zoals onder andere de toetsing van algemene voorwaarden, de redelijkheid en billijkheid, het opschortingsrecht en het retentierecht verdienen nadrukkelijk aandacht. Dergelijke leerstukken zijn van groot belang in het huurrecht, omdat de huurwetgeving in de huur- en verhuurpraktijk niet alle oplossingen biedt voor voorkomende problemen waarop anno 2005 flexibel moet worden ingespeeld. Zo komt in het nieuwe huurrecht indringend in beeld de leerstukken van de onvoorziene omstandigheden en dwaling die onder de vigeur van het oude huurrecht door de rechter terughoudend werden toegepast (zie paragaaf 6.5.3). Maar ook op andere onderwerpen kan het commune BW een inspiratiebron vormen voor toepassing binnen het huurrecht, zoals het in de jurisprudentie ontwikkelde leerstuk van de derdenwerking.[4]

1.2 Van dwingend recht naar semi-dwingend recht

Kenmerkend voor het nieuwe huurrecht is dat veel dwingend recht is veranderd in semi-dwingend recht[5] (voor bedrijfsruimte vastgelegd in art. 7:291 lid 1 BW). Niet alleen de specifieke wettelijke bepalingen voor de huur en verhuur van bedrijfsruimte (artt. 7:290 t/m 7:310 en art. 7:230A BW) bevatten thans semi-dwingend recht, ook de algemene bepalingen bevatten veel semi-dwingend recht.[6] Dit betekent dat huurder en verhuurder niet van de wet afwijkende afspraken mogen maken die de huurder in een nadeliger positie brengen. Contractuele bedingen waarin wél ten nadele van de huurder van het (semi-)dwingend recht wordt afgeweken kunnen door de huurder worden vernietigd.[7] De wet geeft uitdrukkelijk aan indien een bepaald wetsartikel van semi-dwingendrechtelijke aard is.[8] Daarbij gaat de wet niet in op de beantwoording van de

2 Vgl. A. W. Jongbloed, 'De toenemende invloed van het algemeen vermogensrecht op het huurrecht', *Praktisch Procederen*, 2000, 6, p. 134-140.

3 Inspirerend is de bijdrage van A. M. Kloosterman onder de titel 'Het nieuwe huurrecht tegen het licht van het algemene verbintenissenrecht' zoals opgenomen *i*n de bundel *Algemeen en Bijzonder. De wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, onder red. van G. T. de Jong e.a., CRBS-reeks deel 7, Den Haag, 2003, p. 83-97.

4 HR 24 september 2004, *J*iN 2004, 30 (Vleesmeesters/Alog) m. nt. G. M. Kerpestein.

5 Ook in het arbeidsrecht en in het vervoersrecht kent men dit fenomeen.

6 Semi-dwingend recht is niet geheel nieuw in het huurrecht bedrijfsruimte. Reeds in 1990 oordeelde de Hoge Raad (HR 20 april 1990, NJ 1990, 701 m. nt. P. A. Stein) dat niet goedgekeurde afwijkende bedingen slechts in zoverre nietig waren, dat slechts de huurder zich op de nietigheid kon beroepen.

7 M. A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht*, Deventer, 2000, pag. 1.

8 A. Pitlo, *Het systeem van het Nederlandse privaatrecht*, negende druk, Arnhem, 1988, pag. 9-10.

opkomende vraag wat nu in een bepaald geval wel of niet nadelig voor de huurder is. De gebruiker moet dat kennelijk zelf maar uitzoeken; een opmerkelijk uitgangspunt van de wetgever, ook omdat dat in andere Nederlandse rechtsgebieden alsook in het wettelijk huurrecht in België, Frankrijk en Zwitserland geheel anders (en beter) is geregeld. De Nederlandse huurwetgeving beperkt zich tot het enkele stellen van de semi-dwingendrechtelijke aard van een of meerdere artikelen; niet meer dan dat. Wel duidelijk in de wet geregeld zijn de vier gevallen waarbij afwijking nimmer mogelijk is.

Voorop staat dat art. 7:307 BW (indeplaatsstelling) niet van semi-dwingend recht is, doch onverkort van dwingend recht. Daarmee wordt niet alleen het meer algemene belang van een betrokken derde onderstreept,[9] ook wordt daarmee door de wetgever, althans door minister Donner, het individuele sociale belang[10] aangegeven van de huurder van detailhandelsbedrijfsruimte zijn onderneming te kunnen vervreemden en te kapitaliseren, met name in het zicht van zijn pensioen, waarbij de verkoopopbrengst als (aanvullende) oudedagsvoorziening kan dienen.[11] De Memorie van Toelichting maakt duidelijk dat minister Donner ervan uitging dat huurders zich in de praktijk juist op dit punt vaak in een dwangpositie bevinden. Er is nog getracht door middel van een amendement de uitzondering voor artikel 7:307 BW te doen schrappen, doch dat is niet gelukt. Het belang van de huurder bij de mogelijkheid een indeplaatsstelling in rechte af te dwingen is duidelijk, doch onduidelijk is waarom daarvan niet ook in het voordeel van de huurder kan worden afgeweken. Voorts is het belang van de huurder bij niet gemitigeerde of uitgesloten termijn-, opzeggings- en huurprijsbescherming (de échte – drieledige – ruggengraat van het huurrecht detailhandelsbedrijfsruimte) evenzeer evident, ja zelfs in sterkere mate. Indeplaatsstelling is immers slechts een afgeleide van de ruggengraat van afd. 7.4.6 BW. De redenatie van de minister (hoezeer ook onjuist) kan derhalve ook gelden voor de termijn-, opzeggings- en huurprijsbescherming. Het door de minister gemaakte onderscheid is derhalve arbitrair en niet begrijpelijk. Ook vanuit de achtergrond dat de goedkeuringsmogelijkheid van afwijkende bedingen in art. 7:291 lid 2 e.v. BW juist is verruimd en niet in zijn geheel is geschrapt[12] krijgt art. 7:307 BW een onaantastbare lading die, zonder nadere principiële onderbouwing, zich niet laat rijmen met de wel aantastbare termijn- opzeggings- en huurprijsbescherming van afdeling 7.4.6 BW.

De afwijkingen van de niet-semi-dwingendrechtelijke algemene bepalingen vinden voorts hun begrenzing in de specifieke semi-dwingendrechtelijke wetsbepalingen zélf, waarbij per geval moet worden beoordeeld of de huurder al of niet in een nadeliger positie wordt gebracht. Problematisch daarbij is uiteraard dat het 'niet-nadeel' op slechts één moment wordt getoetst: het moment van contractsvorming. Blijkt korte

9 MvT, *Kamerstukken II* 1997-1998, 26 098, nr. 3, pag. 9.
10 Evers, *Huurrecht bedrijfsruimten,* Kluwer Deventer 2003*,* p. 67.
11 Kamerstukken II, 2000/01, 26 932, nr. 9.
12 N. Eeken, Nieuw huurrecht bedrijfsruimte, 'Nieuw huurrecht bedrijfsruimte: goedkeuring van afwijkende bedingen', *Advocatenblad*, 2002, nr. 22, p. 977.

tijd later dat de huurder toch nadeel heeft, bevindt deze zich in een lastig parket waarin de huurwetgever helaas niet heeft voorzien. Daarnaast is van belang dat krachtens art. 7:291 lid 2 en lid 3 BW de kantonrechter kan worden verzocht goedkeuring te verlenen aan een contractueel beding dat de positie van de huurder formeel benadeelt doch diens rechten niet wezenlijk aantast vanwege zijn – sterke – maatschappelijke positie ten opzichte van de verhuurder (zie paragraaf 7.3.3). Tenslotte gelden er de leerstukken van het algemene verbintenissenrecht en het vermogensrecht. Daarnaar wordt in de schakelbepaling van art. 7:205 BW zelfs uitdrukkelijk verwezen. Dit artikel luidt:

> De uit deze afdeling voortvloeiende rechten van de huurder komen aan deze toe, onverminderd alle andere rechten en vorderingen.

Dit artikel zet de deur naar Boek 3, 5 en 6 BW wijd open en de inbedding van het nieuwe huurrecht in de gelaagde structuur van het Burgerlijk Wetboek doet zich hier (ten behoeve van de huurder) nadrukkelijk gevoelen. Zo is een belangrijke rol toebedeeld aan de aanvullende en de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid (art. 6:2 BW en art. 6:248 BW) en de algemene voorwaarden, waarbij afwijking ten nadele van huurder moeilijker wordt naarmate deze kleiner is ten opzichte van de verhuurder.

Aldus is het gehele wettelijke systeem erop toegerust dat de bescherming van de huurder van bedrijfsruimte als zwakkere contractspartij onverkort overheerst en daarmee overheerst dus ook het (semi-)dwingend recht. Op dit onderdeel blijft het huurrecht, ook na 1 augustus 2003, in de kern onveranderd. Omdat het semi-dwingend recht met name bij de termijnbescherming (zoals gezegd: het eerste element van de ruggengraat van het specifieke huurrecht bedrijfsruimte) de boventoon voert, wordt dit aspect, in samenhang met de toepassing van art. 7:291 lid 2 en 3 BW, in paragraaf 7.5 nadrukkelijk op flexibiliteit getoetst.

Semi-dwingend recht in andere rechtsgebieden

Semi-dwingend recht[13] nuanceert het onderscheid tussen dwingend en regelend of aanvullend recht. De opmars daarvan is in het arbeidsrecht begonnen met de introductie van een groot aantal dwingende bepalingen in het BW in verband met de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1907. Onder die bepalingen waren er diverse waarvan slechts bij schriftelijke overeenkomst of reglement kon worden afgeweken. Scholten duidde deze bepalingen aan als 'semi-dwingend recht'.[14] Semi-dwingende bepalingen betroffen onderwerpen waarbij de werknemer weliswaar bescherming behoefde, maar waarbij de behoefte kon bestaan aan de mogelijkheid om (schriftelijke) afwijking

13 De term 'eenzijdig dwingend recht' zou overigens mijn voorkeur hebben boven de term 'semi-dwingend recht', niet alleen omdat de term 'eenzijdig' de mogelijkheid tot nuancering en nadere invulling openlaat, doch ook omdat de eerste term voor de gemiddelde huurder en verhuurder van bedrijfsruimte begrijpelijker is dan de tweede.

14 Scholten, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht*, 1931, p. 30.

daarvan rechtsgeldig overeen te komen.[15] Door dit schriftelijkheidsvereiste werd de werknemer beschermd tegen ondoordachte (ongeldige) mondelinge afspraken.[16] Ook in het arbeidsrecht betreft semi-dwingend recht dus de bescherming van de zwakkere partij, de werknemer, tegen de sterkere partij, de werkgever. Zo bepaalt bijvoorbeeld het huidige art. 7:645 BW dat van de artikelen 7:634 tot en met 7:643 niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken, 'tenzij zodanige afwijking bij die artikelen is toegelaten'. Met deze formulering heeft de wetgever aangeduid dat indien een contractuele afwijking voor de werknemer ongunstiger uitvalt dan de wettelijke bepaling, deze nietig is terwijl het beding dat gunstiger voor de werknemer is dan de inhoud van de overeenkomstige wettelijke bepaling, geldig is en dus ook rechtens door de werkgever kan worden ingeroepen.[17] Krachtens art 7:652 lid 7 BW is eveneens nietig een overeengekomen proeftijd van meer dan twee maanden. Vernietigbaar is de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever wegens strijd met de discriminatieverboden uit art. 7:646 BW, zo stelt art. 7:647 lid 1 BW. Sommige bepalingen van het arbeidsrecht bevatten een genuanceerde versie van semi-dwingend recht. Zo bepaalt art. 7:628 lid 1 j° lid 5 BW niet alleen dat de werknemer zijn recht op loon behoudt indien hij door een oorzaak gelegen in de risicosfeer van de werkgever zijn werk niet kan verrichten, doch tevens dat ten aanzien van (slechts) de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst partijen een afwijkende regeling kunnen treffen die nadelig is voor de werknemer. Op deze wijze worden oproepkrachten beschermd tegen een soms jarenlange onzekere rechtspositie.[18] Er bestaat in het arbeidsrecht nog een andere gradatie tussen dwingend en regelend recht: driekwart-dwingend recht.[19] Van een dergelijke nuance is sprake indien afwijking van de wettelijke bepalingen alleen per CAO is toegelaten. Hoewel het lijkt of dat de werknemer hier niet beschermd wordt, is dit slechts schijn. De CAO's worden via de vakbonden vastgesteld, welke ervoor zorgen dat de belangen van de werknemer niet uit het oog worden verloren. Het driekwart-dwingend recht maakt het mogelijk per bedrijfstak of onderneming een afwijkende regeling te treffen, welke is aangepast aan de behoefte op dat niveau. Een voorbeeld van deze tussenvorm is art. 7:668a BW: een vierde opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt automatisch omgezet naar onbepaalde tijd. Dit artikel kan echter via een CAO terzijde worden gesteld, bijvoorbeeld voor een bedrijfstak waar veel met korte tijdelijke contracten wordt gewerkt.

Ook in het vervoersrecht bestaan vormen van semi-dwingend recht. Zo bepaalt art. 8:1102 BW dat de hoofdverplichting van de vervoerder (de plicht de zaken tijdig af te leveren) van dwingend recht is, doch dat het partijen vrij staat, onder bepaalde voorwaarden, van het wettelijke aansprakelijkheidsregime af te wijken.[20] Enerzijds verdient

15 M. A. Loth, *Monografieën Nieuw BW*, Deventer: Kluwer, 2003, §5.
16 D. M van Genderen, P. S. Fluit, M. E. Stefels, e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu, 2002, p. 47.
17 C. J. Loonstra, W. A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom , 2004, p. 35.
18 Loonstra, Zondag, p. 148.
19 G. J. J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag, 2002, pag. 63/64.

de individuele afzender, ontvanger en vervoerder bescherming tegen door de wederpartij eenzijdig opgestelde (afwijkende) voorwaarden, anderzijds bestaat in de praktijk behoefte aan 'maatwerk' boven 'confectie'.[21] Afwijkingen van het wettelijke regime is slechts mogelijk indien deze uit het vervoeradres (vrachtbrief) zelf blijken. In de praktijk fungeert, in gevallen waarin partijen afwijkingen beogen, de vrachtbrief als een geschrift zoals bedoeld in artikel 8:1102 lid 1 BW. Een zelfde soort regeling bestaat in het wegvervoersrecht betreffende verhuisovereenkomsten. In artikel 8:1179 BW wordt bepaald dat ieder beding nietig is, waarbij de ingevolge artikel 8:1173 BW op de verhuizer drukkende aansprakelijkheid of bewijslast op andere wijze wordt verminderd dan in die afdeling is voorzien. Ook hier wordt dus het belang van de opdrachtgever c.q. consument als economisch en juridisch zwakkere contractspartij gediend.[22]

Conclusie
Semi-dwingend recht biedt in het wettelijk huurrecht niet de bescherming die de wetgever heeft beoogd. Ten eerste geldt dat bij het aangaan van een huurovereenkomst de huurder al snel ongemerkt zijn recht zal 'wegtekenen' of zich daartoe gedwongen zal gevoelen teneinde de beoogde huurovereenkomst te bemachtigen.[23] Meer in het bijzonder speelt dit, zoals hierboven al kort aangegeven, een rol bij de huurder van detailhandelsbedrijfsruimte op het moment van contractsvorming. Bij het aangaan van een huurovereenkomst is immers niet alles door huurder en verhuurder te voorzien. Een huurovereenkomst van bijvoorbeeld 2½ + 2½ jaar lijkt wellicht op dat specifieke moment mogelijk want (door de huurder) wenselijk en dus niet in diens nadeel omdat deze bijvoorbeeld nieuwbouw heeft gepland voor de periode daar direct op volgend. Doch in welk opzicht moet het niet-nadeel worden (her)beoordeeld indien enkele weken na het ondertekenen van de huurovereenkomst blijkt dat deze nieuwbouw door overmacht wordt afgeblazen en de verhuurder inmiddels zich gecommitteerd heeft aan een opvolgend huurder? Zo kan het aanvankelijke niet-nadeel al snel in nadeel omslaan waarbij de huurder zijn toevlucht moet zoeken naar leerstukken als onvoorziene omstandigheden en dwaling, leerstukken die hem weinig soelaas bieden. Daarom acht ik het toetsmoment van het 'niet-nadeel' te beperkt om semi-dwingend recht breed in de fijnmazige regeling van afdeling 7.4.6 te verweven zoals dat is geschied. Met andere woorden: het semi-dwingend recht strookt niet met doorgaans langdurige huurovereenkomsten, vooral terzake van detailhandelsbedrijfsruimte, waarin de fijnmazige wet diverse huurbeschermende elementen bevat. Daarenboven speelt een rol dat het semi-dwingend recht in het huurrecht door de wetgever niet nader wordt gedefinieerd en ingevuld, zoals wel het geval is bij het arbeidsrecht en het vervoersrecht. Had zij dit wél

20 J. H. Nieuwenhuis, C. J. J. M. Stolker, W. L. Valk, *Burgerlijk Wetboek, Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer, 2003, p. 3398.
21 TS II, Parl Gesch, 8, p. 1051/2.
22 Nieuwenhuis e.a., p. 3460.
23 T. H. G Steenmetser en M. Sloot, *Het nieuwe huurrecht (titel 7.4)*, THB 2003, nr. 7, p. 367 en (wat een dergelijke situatie in het arbeidsrecht betreft): A. T. J. M. Jacobs, G. J. J. Heerma van Voss, *Elementair sociaal recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom, 1998, p. 69.

gedaan, dan zou dat meer rechtszekerheid bieden. Bovendien kan, voortbordurend op het hierboven gegeven voorbeeld van een huurovereenkomst van een detailhandelsbedrijfsruimte voor de duur van 2½ + 2 ½ jaar, een probleem ontstaan met de opzegbaarheid na ommekomst van de verlengingsperiode. Krachtens art. 7:296 lid 3 BW komt de verhuurder dan vier opzeggingsgronden plus de belangenafweging toe (zie paragraaf 8.4.2 e.v.). Materieel is echter sprake van een opzegging na (in totaal) 5 jaar en deze strookt niet met de hierop toepasselijke beperkte opzegbaarheid krachtens art. 7:296 lid 1 BW op basis van slechts twéé opzeggingsgronden (zonder belangenafweging). De wet toont zich daarmee reeds op basis van een simpel voorbeeld innerlijk tegenstrijdig. Voorts kan de situatie zich voordoen dat de geldigheid van een bepaling afhangt van de vraag wie een beroep op die bepaling doet. Men denke aan een clausule in een huurovereenkomst terzake van detailhandelsbedrijfsruimte, waarin periodieke huurprijsherziening conform marktwaarde, is bepaald. Op het oog beschouwd is deze nietig wegens strijd met art. 7:303 BW (zie paragraaf 11.9). Edoch: of de toepassing van de clausule in een concrete situatie nadelig of juist niet nadelig uitpakt voor de huurder is afhankelijk van de ontwikkeling van de markt en gerealiseerde omzetten. Ook hieruit blijkt dat met semi-dwingend recht de rechtszekerheid bepaald niet is gediend.[24]

Mijn kritiek op de introductie van semi-dwingend recht in afd. 7.4.6 BW op de wijze waarop dat is geschied, berust vooral daarin dat de wetgever kennelijk niet de principiële keuze heeft willen maken tussen volledig dwingend recht, volledig regelend recht dan wel een weloverwogen nuance daarvan, welke nuance gedifferentieerd per onderwerp in de wet is geïnsereerd zodat per geval de afwijkingsmogelijkheden duidelijk zijn geregeld. Deze principiële keuze moet alsnog door de wetgever worden gemaakt. De huidige regeling van semi-dwingend recht in afdeling 7.4.6 biedt niet alleen de huurder doch ook de verhuurder teveel onzekerheid.

1.3 Het vernieuwde huurbegrip

Met name omdat in het huurrecht sprake is van veel (semi-)dwingend recht, is het bij elke huurkwestie van belang eerst stil te staan bij de vraag of er nu wel of niet sprake is van huur en verhuur. De wet geeft daarbij het kader aan. Artikel 7:201 BW definieert de huurovereenkomst en luidt als volgt:

> Lid 1:
> Huur is de overeenkomst waarbij de ene partij, de verhuurder, zich verbindt aan de andere partij, de huurder, een zaak of een gedeelte daarvan in gebruik te verstrekken en de huurder zich verbindt tot een tegenprestatie.

24 Evers, p. 66

Lid 2:
Huur kan ook op de vermogensrechten betrekking hebben. In dat geval zijn de bepalingen van deze afdeling en de afdelingen 2-4 van toepassing, voor zover de strekking van die bepalingen of de aard van het recht zich daartegen niet verzet.

Lid 3:
De pachtovereenkomst wordt niet als huur aangemerkt.

Artikel 7:201 lid 1 BW geeft de definitie van huur in een notendop. Het nieuwe artikel 7:201 lid 1 BW verschilt daarmee op vier onderdelen van het oude artikel 7A:1584 BW.[25] De vier elementen van huur in het nieuwe huurrecht worden onderstaand behandeld.

Artikel 7:201 lid 2 en 3 BW geven een nadere definiëring van het begrip 'huur'. Artikel 7:201 lid 2 BW betreft het voorschrift dat huur ook op vermogensrechten betrekking kan hebben. Enkele voorbeelden hiervan zijn de huur van auteursrecht, de huur van goodwill als onderdeel van de verhuur van bedrijfsruimte en de huur van een melkquotum.[26] Onder de definitie van huur vallen ook bepaalde leaseovereenkomsten, alsook franchise- annex exploitatieovereenkomsten.[27]

Artikel 7:201 lid 3 BW betreft het reeds uit het oude huurrecht bekende voorschrift dat de pachtovereenkomst niet als huur wordt aangemerkt. De pachtovereenkomst ('de overeenkomst met de strekking een hoeve of los land ter uitoefening van de landbouw in gebruik te geven tegen voldoening van een tegenprestatie') wordt afzonderlijk in de Pachtwet geregeld.[28] Deze twee nadere begrenzingen van wat er wel en wat niet onder het begrip 'huur' valt, leveren ten opzichte van het oude huurrecht niets nieuws op want ze zijn gelijkluidend aan resp. artikel 7A:1585 en 1584 lid 3 BW (oud).

Niet uitdrukkelijk in afdeling 1 van titel 7.4 BW vermeld doch wel van belang ter oriëntatie op het wezen van het huurbegrip is het feit dat de huurovereenkomst de huurder een persoonlijk recht verschaft waaraan zakenrechtelijke trekjes zijn verbonden. De inbedding van het nieuwe huurrecht in de structuur van het BW bevestigt het persoonlijke karakter van huur. Ook blijkt uit de inschrijving van registergoederen in de openbare registers krachtens art. 3:17 BW dat een huurovereenkomst een persoonlijk recht geeft:

---

25 Voor een overzicht van de oude regeling, zie: R. A. Dozy en Y. A. M. Jacobs, *Hoofdstukken Huurrecht*, derde druk, Gouda: Quint, 1999, p. 3-9.

26 Zie R. A. Dozy en J. L. R. A. Huydecoper, *Tekst & Commentaar Huurrecht,* Deventer, 2003, p. 65 , resp. Pachtkamer Hof Arnhem 2 april 1996, *Agrarisch Recht*, 1997, 4860.

27 HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 273; HR 26 juni 1992, *NJ* 1992, 726.

28 Over de pachtovereenkomst zie nader: Asser-Snijders 5-IIB, Pacht, p. 15 e.v., D. L. Rodrigues Lopes, *Pacht*, Serie Recht en Praktijk, derde druk, 1997 en P. A. de Hoog, *De pachtwet in de praktijk,* 6e geheel herziene druk, 2000.

> Huur- en pachtovereenkomsten en andere feiten die alleen persoonlijke rechten geven of opheffen kunnen slechts worden ingeschreven indien een bijzondere wetsbepaling dit toestaat.

Wat betreft de goederenrechtelijke kant van huur verwijs ik naar het bij woonruimte belangrijke fenomeen 'koop breekt geen huur'[29], krachtens welk leerstuk de verkrijger van de onroerende zaak onder bijzondere titel het recht van de huurder moet eerbiedigen, hetgeen bij een zuiver persoonlijk recht moeilijk verklaarbaar is.

1.3.1 De elementen van een huurovereenkomst (art. 7:201 BW)

Basisvereiste 1: 'gebruik'
Daar waar het oude artikel 7A:1584 BW sprak van 'genot', spreekt het nieuwe artikel 7:201 lid 1 BW van 'gebruik'. De reden van deze wijziging is tweeledig. Ten eerste is de term 'genot' geschrapt, omdat het genotsrecht vanuit wetssystematisch oogpunt eigenlijk thuishoort bij de regeling van de zakelijke rechten in boek 5 BW. Teneinde dit expliciet tot uitdrukking te brengen is hiertoe speciaal een bepaling in de wet opgenomen, namelijk artikel 7:202 BW. Dit artikel maakt duidelijk dat indien de huurder recht heeft op de vruchten van de zaak, dit recht als een genotsrecht als bedoeld in artikel 5:17 BW dient te worden gekwalificeerd. Deze gewijzigde terminologie is niet alleen vanuit wetssystematisch oogpunt logisch. Blijkens de Parlementaire Geschiedenis gaat hierachter tevens de inhoudelijke redenatie schuil dat het ontbreken van daadwerkelijk genot van de zaak als gevolg van een omstandigheid die aan de huurder valt toe te rekenen, nog niet betekent dat de zaak niet door de verhuurder aan de huurder in gebruik is gegeven. Ook het spiegelbeeld van deze redenatie die de Parlementaire Geschiedenis ter toelichting op artikel 7:202 BW verstrekt, geeft het (subtiele) verschil aan tussen gebruik en genot: 'het enkele verschaffen van het genot van de zaak zonder aflevering maakt de zaak nog niet tot huur'.[30] De term 'genot' is echter niet geheel van het toneel verdwenen. Het begrip 'te verwachten genot' is centraal gesteld in de gebrekenregeling van artt. 7:204-211 BW (zie paragraaf 5.3).

'*Gedeeltelijk gebruik*'. Artikel 7:201 lid 1 vermeldt uitdrukkelijk dat ook een gedeelte van een zaak voorwerp van een huurovereenkomst kan zijn. Het oude artikel 7A:1584 BW zweeg daarover, hetgeen overigens niet betekende dat gedeeltelijk gebruik niet mogelijk is gebleken.[31] Van belang is dat de verhuurde zaak of het verhuurde gedeelte van een bepaalde zaak voldoende kan worden geïdentificeerd.[32] Voor de praktijk is dit van belang, omdat het gebruik ervan eenvoudig in rechte moet kunnen worden afgedwongen. Om te komen tot een rechtens afdwingbare huurovereenkomst achtte de

29 Zie over de niet absolute scheiding tussen zakelijk en persoonlijk recht nader: Asser-Abas, 5-II (Huur), p. 27 e.v.
30 Kamerstukken II 1997/1998, 26 089, nr.3, p. 11.
31 Uit HR 15 maart 1974 bleek reeds de mogelijkheid van gedeeltelijk gebruik.
32 Zie bijv. HR 26 juni 1953, *NJ* 1953, 634 en HR 9 maart 1964, *NJ* 1964, 215.

Voorzieningenrechter te Assen onvoldoende een door de aspirant-huurder ondertekende intentieverklaring van de beheerder (niet de verhuurder) waarin het specifieke unitnummer van de winkel in een winkelcentrum was opengelaten. Daarover was nog geen concrete duidelijkheid. Daarnaast speelde overigens een rol dat in die intentieverklaring werd verwezen naar de nog op te stellen (definitieve) huurovereenkomst.[33] Dit onderwerp wordt specifiek voor het huurrecht van bedrijfsruimte behandeld in paragraaf 6.2.

Basisvereiste 2: 'tegenprestatie'
Het oude artikel 7A:1584 BW formuleerde de prestatie van de huurder voor het ter beschikking stellen van een zaak door de verhuurder als 'eenen bepaalden prijs'.[34] Door de oude formulering in het nieuwe artikel 7:201 lid 1 BW te schrappen en te vervangen door de bredere formulering 'tegenprestatie' is de wetgever tegemoet gekomen aan de maatschappelijke ontwikkelingen en de jurisprudentie.[35] Een voorbeeld daarvan is de huurprijs die in natura wordt betaald, zoals het verrichten van onderhoud door de huurder dat in beginsel op grond van de wet voor rekening van de verhuurder behoort te komen. Komt de huurder deze verplichting niet of in onvoldoende mate na, dan levert diens toerekenbare tekortkoming hetzelfde rechtsgevolg op als het niet betalen van huurpenningen.[36] Het kan ook anders. Het onder bijzondere omstandigheden kortstondig gebruiken van een winkel en horecaruimte op een camping kan onvoldoende reden zijn om een tegenprestatie vast te stellen.[37]

Op basis van de nieuwe formulering van artikel 7:201 lid 1 (slot) BW is met name in het nieuwe huurrecht van belang dat de prestatie van de huurder (anders dan in geld) voldoende bepaalbaar is.[38] Voor het algemene verbintenissenrecht was dit reeds vastgelegd in artikel 6:227 BW. De prestatie in natura van de huurder moet vastomlijnd zijn om eenvoudig rechtens afdwingbaar te kunnen zijn.[39] Dit geldt niet alleen voor de huurder met betrekking tot het verrichten van de tegenprestatie, doch tevens voor de verhuurder bij het ter beschikking stellen van het gebruik. Over en weer dient derhalve sprake te zijn van een vastomlijnd genoten voordeel, waarbij het er niet toe doet wat dit de andere huurcontractspartij kost.[40] De beoordeling daarvan is feitelijk van aard en verschilt daarom van geval tot geval. Enkele voorbeelden: een pand bewoond houden en voorzien van inventaris ter voorkoming van kraken, brand en vernieling levert geen voldoende vastomlijnde prestatie op om op basis van dit vereiste een

33 Voorzieningenrechter Rb. Assen, 27 november 2002, *Prg.* 2003, 6000.
34 Zie voor een algemene beschouwing over de wijze en het moment waarop de tegenprestatie moet worden verricht: Asser 4-I (Verbintenissenrecht), 2004, p. 465 e.v.
35 HR 17 maart 1961, *NJ* 1961, 237, HR 16 mei 1975, *NJ* 1975, 436 en HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 678.
36 HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 34.
37 Ktr. Amsterdam 24 januari 2003, *WR* 2003, 56.
38 Zie hierover nader: Asser-Abas, 5-IIA (Huur), p. 22 e.v.
39 HR 19 november 1976, *NJ* 1977, 161.
40 Hof Amsterdam 1 november 1990, *NJ* 1991, 535.

rechtens afdwingbare geldige huurovereenkomst aan te nemen.[41] Anderzijds kan het verzorgen van de verhuurders resp. de dieren van de verhuurders, het verrichten van schoonmaakwerkzaamheden en het doen van boodschappen voor de verhuurders door huurders onder omstandigheden bij woonruimte reeds voldoende vastomlijnd zijn om op basis van dit element een geldige huurovereenkomst aan te nemen.[42] Het betalen van een symbolische huurprijs van *f* 1,– per jaar voor het ter beschikking stellen van een kampwinkel op een camping, waarbij de exploitant verplicht was de winkel in te richten en het omliggende terrein te verzorgen achtte de President van de rechtbank te Leeuwarden een voldoende bepaalbare tegenprestatie.[43]

Ontbreekt het basiselement 'tegenprestatie', dan kan sprake zijn van een bruikleenovereenkomst (art. 7A:1777 BW). Doch ook in het geval van bruikleen (een duurovereenkomst) kan de ingebruikgever zich niet eenvoudig van de gebruiker verlossen; er moet deugdelijk worden opgezegd vanuit het oogpunt van de redelijkheid en billijkheid.[44] Er bestaat derhalve wel een bepaalde begrenzing aan de met bruikleen verbonden flexibiliteit. En er kunnen zich op dit punt meer complicaties voordoen. Het na ommekomst van een bruikleenovereenkomst voortzetten van het gebruik ten titel van huur wordt doorgaans als huur gekwalificeerd. Het feit dat een woning bijvoorbeeld aanvankelijk voor afbraak was bestemd en dat de periodieke vergoeding slechts enkele tientjes bedroeg, doet daaraan niet af.[45]

In geval sprake is van bedrijfsruimte bestaat in mindere mate het risico van niet voldoende vastomlijnde afspraken over de prestaties over en weer tussen verhuurder en huurder, maar levert de jurisprudentie over de kwalificatie van gemengde overeenkomsten hetzelfde beeld op. Exploitatieovereenkomsten van benzinestations en cafébedrijven, waarbij tevens het gebouw aan de exploitant in gebruik werd gegeven, zijn in de jurisprudentie gekwalificeerd als een huurovereenkomst (als bedoeld in art. 7:290 BW).[46] Immers, de verplichtingen van de exploitant, onder andere tot het betalen van de exploitatievergoeding, dienen volgens de Hoge Raad mede als tegenprestatie voor het ter beschikking stellen van de bedrijfsruimte. Daarmee interpreteert de Hoge Raad ook bij bedrijfsruimte de bepaalbaarheidseis ruim, want van een bepaalde prijs was in die gevallen geen sprake. De gezamenlijke verplichtingen van de exploitanten waren volgens de Hoge Raad voldoende bepaalbaar om te komen tot een vastomlijnde tegenprestatie met betrekking tot het object.

---

41 Hof Amsterdam 12 juli 1990, *KG* 1990, 333.
42 HR 16 mei 1975, *NJ* 1975, 437; Hof Amsterdam 4 mei 1995, *Prg*. 1995, 4422.
43 Pres. Rb. Leeuwarden 27 april 1993, *Prg.* 1993, 3881.
44 Zie bijv. HR 21 april 1995, *NJ* 1995, 437 en HR 15 april 1996, *NJ* 1996, 302.
45 Rb. Utrecht 23 mei 2001, *WR* 2002, 11.
46 HR 19 juni 1987, *NJ* 1988, 72; HR 9 oktober 1987, *NJ* 1988, 253; HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 273 (benzinestation) en HR 30 juni 1981, *NJ* 1981, 393 (cafébedrijf).

Geen basisvereiste meer: 'bepaalde tijd'
Het oude artikel 7A:1584 BW beperkte de formulering van de huurovereenkomst in lengte tot 'eenen bepaalden tijd'. Deze wetsbepaling weerspiegelde de grote weerstanden die in de 17e t/m 19e eeuw bestonden tegen huurovereenkomsten voor uitzonderlijk lange tijd. De bedoeling van de oude bepaling was het voorkomen van een niet te beëindigen 'eeuwigdurende huur', hetgeen in het huurrecht vanaf de 20e eeuw een theoretische en wereldvreemde kwestie zonder praktisch belang is gebleken. Huur is immers naar huidige maatschappelijke opvattingen per definitie tijdelijk en moet in beginsel met in achtneming van de daartoe ontworpen wettelijke mogelijkheden voor de verhuurder en de wettelijke waarborgen ten behoeve van de huurder tot een einde kunnen komen, hetzij op vordering van de verhuurder hetzij op vordering van de huurder.[47] Verschillende wetsvoorstellen hadden dan ook maximumperiodes, variërend van tien tot dertig jaar. Het vereiste van de bepaalde duur voor een (qua soort termijn) geldige huurovereenkomst heeft de wetgever geschrapt en breekt daarmee met wet en rechtspraak.[48]

Uit de Parlementaire Geschiedenis[49] blijkt dat het vereiste van het oude artikel 7A:1584 BW inmiddels ook om een puur wetstechnische reden een onnodige waarborg was geworden. De sedert 1992 geldende regeling van de onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) biedt namelijk de mogelijkheid op vordering van de huurder of de verhuurder de (ook voor eeuwig afgesloten) huurovereenkomst tussentijds te wijzigen of geheel dan wel gedeeltelijk te ontbinden. Op deze wijze kan sedert 1992 een op dit onderdeel ongeldige eeuwigdurende huurovereenkomst worden gewijzigd in een in beginsel opzegbare huurovereenkomst, ongeacht of deze voor bepaalde dan wel voor onbepaalde tijd geldt. Daarmee is het theoretische knelpunt van eeuwigdurende huur opgelost en kon dit verouderde element van de oude bepaling van artikel 7A:1584 worden geschrapt.

Opmerking verdient in dit verband het feit dat er hoge eisen aan een beroep op onvoorziene omstandigheden worden gesteld. In de praktijk komt het veelvuldig voor dat de huurder van een bedrijfsruimte tegenvallende bedrijfsresultaten tracht toe te schrijven aan omstandigheden die in de risicosfeer van de verhuurder liggen en de huurder om die reden tussentijdse huurverlaging en/of algehele ontbinding vordert.[50] In dergelijke gevallen staat het ondernemersrisico van de huurder voorop en kunnen de schadelijke gevolgen van tegenvallende bedrijfsresultaten niet eenvoudig via de onvoorziene omstandighedenregeling mede ten laste van de verhuurder worden gebracht. In paragraaf 7.5.3 wordt hierop nader ingegaan.

47 HR 16 november 1923, *NJ* 1924, p. 131 en HR 26 april 1928, *NJ* 1928, p. 939.
48 HR 8 november 1968, *NJ* 1969, 11.
49 Kamerstukken 1997/1998, 26 089, nr. 3, p. 11.
50 HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 493 en Ktr. Emmen 2 juli 1997, *Prg.* 1998, 5014.

1.4 De gemengde overeenkomst

1.4.1 Algemeen

In de praktijk is niet altijd sprake van een overeenkomst met alleen 'huur en verhuur' als onderwerp. Het komt ook wel voor dat het huurelement gepaard gaat met partijafspraken die op andere (rechts)gebieden dan het huurrecht thuishoren, bijvoorbeeld de gezondheidszorg, het ondernemingsrecht of het arbeidsrecht. In dergelijke gevallen is sprake van een gemengde overeenkomst.[51]

In het geval van een gemengde overeenkomst is het van belang dat kan worden bepaald welke wettelijke regels op een bepaald gedeelte van de overeenkomst van toepassing zijn. Ter bepaling hiervan dient (ook in het nieuwe huurrecht[52]) de 'cumulatieleer' (of 'combinatieleer') van artikel 6:215 BW te worden gebruikt.[53] Deze leer geldt voor alle gemengde overeenkomsten en betekent dat in beginsel meerdere wettelijke regelingen naast elkaar van toepassing zijn, tenzij deze regelingen niet goed met elkaar zijn te verenigen of de strekking van de regelingen in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen de toepassing ervan verzet.[54] Deze hoofdregel krijgt echter één (toekomstige) wettelijke uitzondering: indien een huurovereenkomst voor detailhandelsruimte tevens kenmerken bevat van huurkoop zullen de bepalingen van huurkoop op de gehele huurovereenkomst van toepassing zijn, met uitsluiting van de toepasselijkheid van afdeling 7.4.6 BW. Deze anti-cumulatieregel is nog niet in werking getreden (in afwachting van de nieuwe huurkoopwetgeving) maar beoogt te zijner tijd te worden opgenomen in art. 7:290 lid 1, slot BW[55]. Zie daarover nader: paragraaf 4.1.6 en paragraaf 4.2.

De rechter weegt, ter beoordeling van de vraag of de wettelijke regelingen naast elkaar kunnen bestaan, alle feiten en omstandigheden vrijelijk tegen elkaar af en interpreteert mede op basis daarvan de rechtsverhouding van partijen.[56] Hierbij staat ten eerste

---

51 Zie nader over de gemengde overeenkomst i.h.a.: Asser-Hartkamp 4-II, 2001, p. 47 e.v. en over gemengde huurovereenkomsten in het bijzonder: Dozy/Jacobs, p. 30 en F. C. Borst, 'Gemengde overeenkomsten met een huurelement en gemengde huurovereenkomsten', *WR*, 2004, nr. 3, p. 57 t/m 73.

52 De minder ruim geformuleerde strekkingsbepaling van artikel 7A:1624 lid 1 (tweede zin) BW werd geschrapt, zie Kamerstukken II 1997/1998, 26 089, nr. 3, p. 8; Kamerstukken II 1999/2000, 26 932, nr. 3, p. 3.

53 Zie voor een algemene beschouwing: A. G. Castermans en H. B. Krans, 'Gemengde huurovereenkomsten', *NbBW*, 1998 nr. 7/8, p. 104-108.

54 Zie over de achtergrond van de cumulatieleer nader: W. Snijders, *Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe BW*, Langemeijerbundel, 1973, p. 457; Hofmann-Abas, *Het Nederlandse Verbintenissenrecht*, eerste gedeelte, tweede stuk, bewerkt door mr. P. Abas, 1977, p. 28 e.v.; C. J. H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, 1984, p. 46 e.v. en HR 22 januari 1993, *NJ* 1993, 456. *NTBR* 1993, p. 127 m. nt. Haak.

55 Kamerstukken II 1999/2000 26 932, nr. 3, p. 3.

centraal de vraag of de overeenkomst als geheel vanuit juridisch oogpunt in een aantal onderdelen kan worden gesplitst. Op dit onderdeel speelt evenwel het praktische risico dat bijvoorbeeld de huurder van een horecabedrijf dat uit meerdere gehuurde onderdelen en een exploitatieovereenkomst bestaat met elk een apart wettelijke regime, met een niet te exploiteren bedrijf blijft zitten omdat het ene (huur)element van de overeenkomst tot een einde kan komen, terwijl het andere daarmee samenhangende element in dezelfde overeenkomst, maar in een ander wettelijk huurregime doorloopt.[57] Hierbij zij aangetekend dat een dergelijke patstelling ook voor de verhuurder problemen oplevert, omdat de beëindigde onderdelen afzonderlijk niet eenvoudig opnieuw zijn te verhuren en bovendien geen huurinkomsten meer opleveren. Vanuit dat oogpunt bestaat dan ook de praktische wens om, met name vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid, in een dergelijk geval de diverse onderdelen van de overeenkomst niet te splitsen, maar als één onlosmakelijk deel te beschouwen. Bij juridische onderlinge onverdraagzaamheid van de diverse wettelijke regimes staat namelijk geen regel eraan in de weg het overheersende deel of het overheersende karakter van de overeenkomst te doen bepalen welke wettelijke regeling op het geheel van toepassing is, geheel analoog aan de jurisprudentie op dit onderdeel bij gemengde huurovereenkomsten.[58] Dit komt ten goede aan de rechtszekerheid van zowel de huurder als de verhuurder.

Franchising is een voorbeeld waarin het huurelement terzake het pand waarin een franchiseonderneming wordt gevoerd, zich goed kan verdragen met het niet-huurrechtelijke element van de advies- en bijstandsverplichting van de verhuurder als franchisegever jegens huurder als ondernemer/franchisenemer en de afnameverplichting van de huurder jegens de verhuurder. Dit neemt niet weg dat huurrechtelijke complicaties kunnen ontstaan, welk onderwerp aan de orde komt in de onderstaande paragraaf 1.4.2.

We onderscheiden gewone gemengde overeenkomsten zoals een franchiseovereenkomst (waarbij tenminste één niet-huurrechtelijk element bestaat) van gemengde huurovereenkomsten, waarbij alle elementen huurrechtelijk van aard zijn, doch elk van een ander huurrechtelijk type. De gemengde huurovereenkomst wordt behandeld in paragraaf 1.5. Ook bij de gewone gemengde huurovereenkomst gaat men (ook in het nieuwe huurrecht) ter bepaling van de toepasselijke wettelijke regeling uit van de cumulatieleer van artikel 6:215 BW.

56 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635.

57 HR 26 februari 1993, *NJ* 1993, 581 is daarvan een voorbeeld van de wijze waarop het niet moet en verdient dan ook geen navolging.

58 HR 5 november 1993, *NJ* 1994, 228.

1.4.2 Franchising

Herkomst
Franchise is ontstaan door Karel de Grote, die een systeem van activiteiten ontwikkelde, zoals het heffen van tol en het slaan van munten die hij, in ruil voor een vergoeding, als privilege aan derden gaf. Deze privileges noemde hij 'lettres de franchises'. Eerst aan het einde van de 19de eeuw duikt het begrip in de Verenigde Staten weer op, alwaar naaimachinefabrikant Singer het eerste netwerk oprichtte voor de verdeling en het onderhoud van naaimachines door onafhankelijke verkopers. Daarna volgde General Motors die zijn verkopers rayons toekende waarbinnen zij het alleenrecht hadden GM-voertuigen te verkopen. Later lanceerde de Franse firma Pinguin in Europa een nationaal netwerk voor de verspreiding van breiwol. Na de Tweede Wereldoorlog ontstond in de Verenigde Staten *franchising* of *systeemlicentie.*[59] West-Europa volgde in de jaren '60 van de vorige eeuw. Naast het recht producten te verkopen werd tevens een bepaald systeem in licentie gegeven. Aldus kwam er samenwerking tot stand binnen een netwerk van franchisenemers, met het oog op commercialisatie van een bepaald product.[60] In Nederland creëerde de Hema de eerste franchiseorganisatie. In het begin van de jaren '60 zocht de Hema uitbreiding in plaatsen waar al een klein warenhuis van een zelfstandige ondernemer gevestigd was. Het bedrijf ging dan niet concurrentie aan, maar probeerde deze lid te maken van de Hema Aangesloten Bedrijven Organisatie.
In Nederland bestaan anno 2005 circa 425 franchiseformules waaraan 17 200 zaken zijn verbonden. Bij franchising denkt men vaak meteen aan McDonald's of Bruna, de detailhandel derhalve. De groei bevindt zich op dit moment echter met name in de dienstverlening zoals de hypotheekadviseurs. Nieuwe formules ontstaan in de vorm van de kleinere franchiseketens met name in de branches van de woonhuisbeveiliging, de riolering e.d. In de Verenigde Staten is 70% van de winkels een franchiseformule; in Nederland is dat slechts 15%.

Definiëring
Franchising betekent letterlijk: het in licentie geven van een systeem, een speciale wijze waarop een onderneming wordt uitgeoefend, tegen een bepaalde vergoeding. In de praktijk spreekt men ook wel van 'franchise', hetgeen volgens het woordenboek geheel andere betekenissen heeft, namelijk: de vrijstelling van in- en uitvoerrechten, deprijsaftrek voor het risico van verlies en beschadiging of het grensbedrag bij een schadevergoedingsuitkering in de assurantiebranche.[61] Franchising kenmerkt zich door een uniforme presentatie van een bepaalde 'huisstijl' aan het publiek, de exclusieve afname van producten, het betalen van een vergoeding van de franchisenemer aan de franchisegever en een ondersteuningsplicht van de franchisegever aan de franchisenemer. Niet

59 Deze term werd gehanteerd door F. Molenaar, *Handel in goede naam. Enige opmerkingen over het in licentie geven van een systeem,* Deventer, 1970 (oratie).
60 J. Stuyck, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht,* XIII, Handels- en Economisch Recht, Leuven, E. Story-Scientia, 1989, p. 537.
61 Definitie uit de Europese Erecode inzake Franchising, 1972.

onvermeld mag blijven dat een bank aanmerkelijk soepeler is bij het verstrekken van krediet aan een franchisenemer dan aan een beginnend ondernemer die zelfstandig is en niet aan een franchiseformule is verbonden. De omzetafdrachtplicht, het hoge inleggeld en de beperkte bewegingsvrijheid staan als nadelen daartegenover.[62] Meestal wordt ook de bedrijfsruimte aan de franchisenemer ter beschikking gesteld, door een separate huurovereenkomst dan wel op basis van een huurcontractuele regeling in de franchiseovereenkomst zelf. In beide gevallen geldt de cumulatieregel van art. 6:215 BW, op grond waarvan de huurrechtelijke bepalingen geheel onder de semidwingendrechtelijke regeling van de huur en verhuur detailhandelsbedrijfsruimte (art. 7:290 e.v. BW) vallen. In het geval sprake is van franchising van een object dat valt onder de categorie art. 7:230A-BW-bedrijfsruimte geldt uiteraard dat krachtens art. 6:215 BW art. 7:230A BW van toepassing is. In beide gevallen zijn uiteraard de algemene bepalingen van art. 7:201 t/m art. 7:230 BW van toepassing.

De aard en de grondslag van de franchiseovereenkomst
Een franchiseovereenkomst is op zichzelf beschouwd een onbenoemde obligatoire overeenkomst in de zin van artikel 6:213 BW, die niet uitdrukkelijk in de wet is geregeld.[63] De franchiseovereenkomst krijgt vorm en inhoud op basis van de contractsvrijheid overeenkomstig de wil van de contractspartijen. Dit dient te geschieden met inachtneming van met name artikel 3:40 BW, artikel 6:248 lid 2 BW en artikel 6:233 sub a BW. Naast het vermogensrecht en het algemene verbintenissenrecht spelen met name een rol het mededingingsrecht, de intellectuele eigendomsrechten van de franchisegever en het huurrecht. Het mededingingsrecht kan met name van betekenis zijn bij de overeen te komen rayonexclusiviteit, de afspraken op het punt van nonconcurrentie (zowel tijdens als na afloop van de franchiseovereenkomst) en de exclusieve afnameverplichting van de franchisenemer. Wat deze als laatste twee vermelde elementen betreft, bestaat een zekere mate van vrijheid bedingen in de franchiseovereenkomst op te nemen mits aan bepaalde voorwaarden uit het mededingingsrecht is voldaan.

De Erecode
Veel franchisegevers zijn lid van de Nederlandse Franchise Vereniging (NFV) en in die hoedanigheid gebonden aan de door deze in 1972 totstandgekomen 'Europese Erecode inzake Franchising', een samenstel van instructies voor contractuele regelingen die de franchisegever aan de franchisenemer bij het aangaan van de overeenkomst in de franchiseovereenkomst (in hun beider belang) moet verwerken en concreet moet uitwerken. Mede op basis daarvan hebben partijen bij een franchiseovereenkomst uitgebreide en specifieke verantwoordelijkheden ten opzichte van elkaar. Niet alleen zijn

62 Zie voor een nadere algemene beschouwing over franchising: J. C. Bezemer, *Franchising, een uitdagend vak*, Deventer, 2002 en F. W. Grosheide, 'Franchising: zaken doen in camouflage', *IER*, 1, 1988, p. 1 t/m 6.
63 Van der Heiden, *Franchising*, (serie Recht en Praktijk), 1992.

deze verantwoordelijkheden vastgelegd in de overeenkomst zelf, maar tevens in een bijbehorend omvangrijk handboek, waarin minutieus de wederzijdse rechten en plichten aangaande het assortiment, reclame e.d. zijn vastgelegd. Volgens de Erecode en de vaste rechtspraak behoort de franchisegever aan de franchisenemer actief advies en bijstand te verlenen, met name indien blijkt dat de franchisenemer onder te rooskleurige voorspiegelingen de franchiseovereenkomst is aangegaan. Onder dergelijke omstandigheden kan de franchisegever zelfs gehouden worden financiële compensatie aan de franchisenemer te bieden.

Het haalbaarheidsonderzoek

Wat dit laatste punt betreft behoort de franchisegever (ingevolge artikel 3.3 van de Erecode) voorafgaand aan het aangaan van een franchiseovereenkomst financiële ramingen aan de franchisenemer ter beschikking te stellen, die niet misleidend mogen zijn zodat een aspirant-franchisenemer zich een juist beeld kan verschaffen van de te verwachten inkomsten. Volgens vaste rechtspraak is de franchisegever jegens de franchisenemer aansprakelijk voor onjuiste geprognotiseerde gegevens indien de presentatie daarvan aan de franchisenemer onrechtmatig is (hetgeen bijvoorbeeld het geval is wanneer de franchisegever ervan op de hoogte is dat extern betrokken en aan de franchisenemer doorgeleide rapporten ondeugdelijk waren) én indien komt vast te staan dat de franchisegever diens advies- en bijstandsverplichting heeft verzaakt.[64] Volgens een meer recente (en bekritiseerde) uitspraak van de Hoge Raad is uitdrukkelijk geen sprake van een *zelfstandige* informatieplicht jegens de (aspirant-)franchisenemer terzake van te verwachten omzet en winst[65]. Doch, indien er prognoses wórden verstrekt, dienen deze wel te kloppen. De consequentie van dit standpunt van de Hoge Raad is dat in geval van niet eigener beweging verstrekte prognoses de franchisenemer niet een actie uit verbintenis doch slechts (primair) uit onrechtmatige daad toekomt mits franchisegever wist dat de prognoses ernstige fouten bevatten en hij daarvan de franchisenemer niet op de hoogte had gesteld. De vraag is of deze opmerkelijke uitspraak de tand des tijds zal doorstaan. Het lijkt immers erop dat de Hoge Raad hiermee aan de essentie van de Erecode op een belangrijk onderdeel volledig is voorbijgegaan. In elk geval dient aan een prognose een door een deskundig extern bureau grondig voorbereid een deugdelijk uitgevoerd vestigingsplaats- en marktonderzoek ten grondslag te liggen. Dit heet een 'haalbaarheidsonderzoek' en richt zich bijvoorbeeld op de lokale concurrentiepositie, de inkomenstechnische opbouw van het klantenpotentieel en de algemene marktontwikkeling. [66]

64 Rb. Utrecht 20 januari 1999, *Prg*. 1999, 5112; Gerechtshof Arnhem 31 augustus 1999, rolnr. 98/890 (n.g.) en Hof Den Bosch 28 december 1999, rolnr. C9 801 019/HE, *Prg.* 2000, p. 111 t/m p. 120.

65 HR 25 januari 2002, *NJ* 2003, 31.

66 Van der Heiden, *'Prognoses eigen risico franchisenemer en zorgplicht franchisegever nader belicht'*, *Prg*., 2000, p. 111 t/m 120.

Een dergelijk onderzoek is voor beide partijen van belang. Ook de franchisegever heeft er namelijk baat bij dat het de franchisenemer goed gaat. Het haalbaarheidsonderzoek neemt overigens niet weg dat de franchiseformule na het aangaan van de franchiseovereenkomst door allerlei omstandigheden die niet de franchisegever kunnen worden tegengeworpen, aan succes kan inboeten, waardoor de organisatie afbrokkelt. Indien de franchisenemer niet kan aantonen dat de oorzaak hiervan is dat de franchisegever jegens deze is tekort geschoten uit hoofde van diens verplichtingen voortvloeiende uit de franchiseovereenkomst, staat het ondernemersrisico van de franchisenemer voorop. In een dergelijke situatie is tussentijdse beëindiging welhaast onmogelijk en kan aansprakelijkheid niet eenvoudig op de franchisegever worden afgewenteld. Dergelijke geschillen kunnen overigens tot processuele complicaties leiden, omdat het huurrechtelijke aspect (bijvoorbeeld het punt van een huurachterstand) tot de bevoegdheid van de kantonrechter behoort en aspecten zoals een primaire vordering tot ontbinding van de franchiseovereenkomst wegens wanprestatie of wegens dwaling van de franchisenemer tot de bevoegdheid van de rechtbank.[67]

De huurrechtelijke elementen in de franchiseovereenkomst
De samenloop van huur- en franchiseovereenkomsten vormt een lastig probleem. Met name de vraag of beëindiging van de franchiseovereenkomst ook beëindiging van de huurovereenkomst betrof heeft in de literatuur en jurisprudentie niet geleid tot duidelijke regels. In het nieuwe huurrecht is de samenloopbepaling komen te vervallen waardoor de algemene regel van artikel 6:215 BW van toepassing is (zie paragraaf 1.4).

Termijnbescherming
Het huurrecht komt bij franchising (als het gaat om franchising in de detailhandel, hetgeen meestal het geval is) reeds om de hoek kijken bij de gebruikelijke termijn van een franchiseovereenkomst: vijf plus vijf jaar, hetgeen overeenstemt met de termijnbescherming van de detailhandelsbedrijfsruimte zoals vastgelegd in artikel 7:292 BW.[68] Ook uit de hierboven reeds vermelde Erecode (art. 5.5) blijkt dat daartoe een (niet-geconcretiseerde) termijn in de franchiseovereenkomst moet worden opgenomen, waarvan de achterliggende strekking blijkens de Erecode soortgelijk is als in het huurrecht van detailhandelsbedrijfsruimte, namelijk het in staat zijn investeringen af te schrijven c.q. terug te verdienen, hetgeen, ook bij franchising, (termijn)bescherming verdient. Uit de Erecode blijkt overigens niet dat de termijnbescherming tevens de opbouw van goodwill dient, hetgeen logisch is, want de goodwill berust per definitie bij de franchisegever als 'uitvinder' van de franchiseformule. De franchisenemer plukt hiervan de vruchten en betaalt mede daarvoor een vergoeding aan de franchisegever. Wel dient de franchisenemer uiteraard de reeds bestaande goodwill in stand te houden; van goodwillopbouw door de franchisenemer is evenwel geen sprake en hierover zwijgt de Erecode dan ook.

---

67 Rb. Middelburg 12 mei 1999 en 2 november 2000, *Prg.* 2001, 5620.
68 Zie hierover nader: Evers, p. 33 en 34.

Indeplaatsstelling
In de meeste franchise- annex huurovereenkomsten is (eveneens op grond van art. 5.5 van de Erecode) voorts vastgelegd de mogelijkheid tot bedrijfsoverdracht aan een derde, waarbij diverse voorwaarden worden gesteld zodat de franchisegever van continuïteit van de formule en daarmee de instandhouding van de opgebouwde goodwill gewaarborgd blijft. Bedrijfsoverdracht is nutteloos indien niet tevens de rechten en plichten uit de huurovereenkomst worden overgedragen aan de betreffende derde. Hiermee samenhangend is het nieuwe artikel 7:307 BW van belang, dat per 1 augustus 2003 de indeplaatsstelling vorm geeft. Zoals in hoofdstuk 10 uitgebreid wordt behandeld, is de reikwijdte van artikel 7:307 BW aanzienlijk uitgebreid ten opzichte van het oude huurrecht. De nieuwe regeling maakt met name indeplaatsstelling in franchisingkwesties eenvoudiger in de gevallen waarin de huurder niet tevens de ondernemer is. Dit speelt een rol indien de franchisenemer de onderneming vanuit een andere vennootschap exploiteert dan de vennootschap waarin de rechten en plichten van de huurovereenkomst zijn ondergebracht. In het nieuwe huurrecht is de in de rechtspraak ontwikkelde mogelijkheid wettelijk vastgelegd dat ook in een dergelijke situatie indeplaatsstelling kan worden gevorderd. Zie verder: hoofdstuk 10.

Gebruik conform bestemming
Onder verwijzing naar hetgeen hierover wordt uiteengezet in paragraaf 7.1, is hier van belang dat de huurder annex franchisenemer het object uitdrukkelijk gebruikt conform de bestemming zoals beschreven in de franchisevoorwaarden, als nadere regeling ten opzichte van de huurovereenkomst. Juist bij franchising is de bewegingsruimte van de huurder/franchisenemer beperkt teneinde de franchiseformule in stand te houden. Wat het pand betreft dient de franchisenemer als huurder tenminste ervoor zorg te dragen dat de waarde ervan in stand blijft.

Beëindigingsperikelen
Indien de franchiseovereenkomst tot een einde komt, zal de verhuurder doorgaans ook de huurovereenkomst willen beëindigen. Soms zal dit tussentijds moeten geschieden. In dat geval zal de verhuurder zich mede moeten beroepen op de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid[69] dan wel met het argument dat, op grond van de cumulatieleer van artikel 6:215 BW de aard van dergelijke gemengde huurovereenkomsten zich tegen de (strikte) toepassing van de huurbeëindigingsregels verzet.
In het algemeen stemt de beëindigingsregeling van de meeste franchise- annex huurovereenkomsten overeen met de beëindigingsregelingen die in het huurrecht gelden, niet alleen voor wat betreft bijvoorbeeld de duur van de opzegtermijn bij opzegging, maar tevens in gevallen als faillissement van de ondernemer/huurder, ontbinding wegens wanprestatie uit hoofde van het franchisenemerschap en dergelijke. In de praktijk zijn het met name beëindigingsperikelen waarbij spanning kan ontstaan tussen de

69 Zie o.a. Ktr. Delft 30 oktober 1997, *WR* 1999, 18 en Pres. Rb. Amsterdam 22 januari 1987, *KG* 1987, 79.

franchisenemer als huurder van de bedrijfsruimte en de franchisegever als verhuurder.[70] Ook kunnen problemen ontstaan indien de franchisegever als onderverhuurder geconfronteerd wordt met een (vanwege sterke omzetdalingen) vertrokken franchisenemer, waarbij (slechts) de hoofdhuurrelatie onverkort doorloopt. De daardoor ontstane financiële noodsituatie bij de onderverhuurder kan onder omstandigheden de rechter bewegen op vordering van deze de hoofdverhuurder te dwingen onderhandelingen aan te gaan met een opvolgend hoofdhuurder die door de onderverhuurder wordt aangedragen.[71]

Voor de franchisegever annex verhuurder is het in de praktijk van belang dat indien de franchiseovereenkomst tot een einde komt, daarmee tevens de huurovereenkomst wordt beëindigd en wel met ingang van dezelfde datum. De situatie waarbij de franchiseovereenkomst tot een einde komt, maar de ondernemer op basis van een doorlopende huurovereenkomst in het gehuurde blijft gehuisvest, is voor de franchisegever moeilijk te verteren.[72] Indien de termijnen van beide overeenkomsten en de opzeggingstermijnen simultaan lopen (bijvoorbeeld vijf plus vijf jaar resp. één jaar), en de beëindigingsgrondslag in de beide overeenkomsten overeenstemmen, is er in beginsel geen risico van een doorlopende huurovereenkomst vanaf het moment dat de franchiseovereenkomst tot een einde komt. Voorzover de franchisegever en de franchisenemer gegronde redenen hebben af te wijken van de semi-dwingendrechtelijke voorschriften van het huurrecht, kunnen deze op de voet van artikel 7:291 lid 2 BW ten behoeve van de afwijkende bedingen goedkeuring verzoeken aan de rechter. Deze specifieke materie wordt nader behandeld in paragraaf 7.3.3.

Bij de aanvang van de franchise- annex huurovereenkomst dient er evenwel rekening mee te worden gehouden dat de rechter zich terughoudend zal opstellen bij het goedkeuren van bedingen die vanuit het oogpunt van het belang van de franchisegever inbreuk zullen maken op de bescherming van de franchisenemer in diens specifieke positie als huurder van de bedrijfsruimte. In de rechtspraak wordt immers naar een evenwichtige verhouding tussen partijen gestreefd. Een voorbeeld hiervan uit de rechtspraak is het door de rechter afgewezen verzoek om goedkeuring van een beding waarin werd vastgelegd dat de huurovereenkomst tussentijds zou worden ontbonden zodra de franchise- annex exploitatieovereenkomst (tussentijds) zou worden beëindigd. Met name indien de als laatste vermelde overeenkomst ruimere tussentijdse beëindigingsclausules bevat dan in het huurrecht mogelijk is, is dat, zo oordeelde de rechter in deze kwestie, in strijd met de strekking en geest van de wettelijke bepalingen van detailhandelsbedrijfsruimte.[73]

---

70 Rb. Amsterdam 5 oktober 1995, *Prg*. 1995, 4420 als voorbeeld van oeverloos geharrewar waarmee uiteindelijk geen der betrokken partijen iets mee opschoot.

71 Ktr. Rotterdam, 14 juli 1995, *Prg*. 1995, 4489.

72 Voorzieningenrechter Rb. Utrecht, 24 mei 2002, *KG* 2002, 182.

73 Ktr. Gorinchem 28 oktober 1991, *Prg*. 1992, 3623 en op dezelfde voet: Ktr. Terneuzen 3 april 1996, *Prg.* 1996, 4596.

Een ander voorbeeld zijn de gevallen waarin Servex, een dochtermaatschappij van de Nederlandse Spoorwegen, in de jaren '90 de exploitatie van stationsrestauraties in eigen beheer wilde voortzetten. Aanvankelijk waren de exploitanten op basis van exploitatie- annex huurovereenkomsten slechts exploitanten/huurders van de onderscheidene horecabedrijfsruimten in de NS-stations in den lande. Er ontstond aan het begin van de jaren '90 een moment waarop Servex, mede vanwege de binnenstromende omzetafhankelijke huurpenningen, inzag dat spoorwegstations door reizigers druk bezette knooppunten vormden met grote passantenstromen. Hieraan wilde Servex zelf gaan verdienen en kwam met een driestappenplan. De eerste stap was het formuleren van een franchiseformule. Teneinde de ontwikkelde uniforme franchiseformule 'Het Station' (koffie met 'spoorpunt' voor *f* 3,35) breed ingang te doen vinden legde Servex de onderscheidene exploitanten franchiseovereenkomsten ter accordering voor, die toegevoegd dienden te worden aan de reeds lopende huurovereenkomsten. Veel exploitanten voelden daar niet veel voor, met name omdat de franchisefee van 2% van de omzet naar hun oordeel te hoog was. Toen zette Servex stap twee en zegde vervolgens enkele exploitatie- annex huurovereenkomsten op (onder welke die van de exploitanten van de NS-stations te Middelburg en Den Bosch) wegens het niet toestemmen in een redelijk aanbod tot het aangaan van een nieuwe huurovereenkomst. Zie over deze opzeggingsgrond nader paragraaf 8.8.

De Hoge Raad oordeelde in 1992 in de eerste van deze procedures dat tegenover de franchisefee van de exploitanten/huurders (welke extra verplichting bovenop de periodiek te betalen huurpenningen zou komen) extra diensten van de verhuurder Servex als franchisegever stonden, zodat de nieuw aangeboden overeenkomsten per saldo niet slechts een huurverhoging als oogmerk bevatten en daarom redelijk waren.[74] Opmerking verdient dat het vervolgens niet bij deze uitspraak bleef. Toen Servex, kennelijk gesterkt door de uitspraak van de Hoge Raad in 1992, vervolgens de derde stap zette en overging tot het opzeggen van veel andere exploitatie- annex huurovereenkomsten, liep het minder fortuinlijk voor haar af. In de periode 1993/1994 ontstonden ten opzichte van de hierboven aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad afwijkende (niet gepubliceerde) uitspraken van feitenrechters. Toen vervolgens de exploitanten en masse de omzethuren ter nadere vaststelling aan de kantonrechters in den lande voorlegden, bleken veel huren voor forse neerwaartse vaststelling vatbaar. Uiteindelijk zijn veel geschillen op voor exploitanten gunstige voorwaarden in den minne geschikt.

Uit de bovenstaande voorbeelden blijkt dat in de rechtspraak onder het oude huurrecht wisselend werd gedacht over de wijze waarop een onderling gelieerde franchise- en huurovereenkomst kon worden beëindigd. Het was dan ook geenszins voorshands aannemelijk dat de rechter op verzoek van de franchisegever altijd goedkeuring zou verlenen voor een beding dat inbreuk maakte op de wettelijke regels die de franchisenemer als huurder diende te beschermen. In het nieuwe huurrecht wordt het voor de

74 HR 26 juni 1992, *NJ* 1992, 726.

franchisegever er niet eenvoudiger op. Met name omdat in het nieuwe huurrecht artikel 7:291 lid 2 en lid 3 BW van een ruimere inhoudelijke en derhalve zwaardere toetsing sprake is, dient de verzoekende franchisegever van goede huize te komen wil deze, met argumenten vanuit het perspectief van franchisegever bezien, inbreuk maken op de sterke huurbescherming van de franchisenemer. Het strekt dan ook tot aanbeveling de franchiseovereenkomst en de huurovereenkomst in het nieuwe huurrecht onderling volledig gelijk te schakelen op basis van de semi-dwingendrechtelijke huurregelgeving zoals wettelijk vastgelegd in artikel 7:290 e.v. BW. Gelijkschakeling dient met name te worden gerealiseerd op de gebieden van de termijnbescherming, de opzeggingstermijn, de beëindigingsgronden bij opzegging en de tussentijdse ontbindingsgronden. In het algemeen geldt de regel dat de franchisegever zover kan gaan als de huurbescherming strekt.

1.5 De gemengde huurovereenkomst

Ook indien kan worden vastgesteld dat een bepaalde overeenkomst als huurovereenkomst moet worden gekwalificeerd maar uit verschillende huurrechtelijke componenten bestaat, kunnen problemen rijzen bij de vraag welke nadere wettelijke regeling(en) van toepassing zijn, naast de immer toepasselijke algemene bepalingen (artt. 7:201 t/m 231 BW). Voorop staat dat naast de algemene bepalingen slechts één specifieke wettelijke regeling van toepassing kan zijn, omdat de verschillende wettelijke regelingen met name voor wat betreft de opzegging en de huurprijsaanpassing zozeer uiteenlopen dat deze onmogelijk op één huurobject naast elkaar kunnen gelden. Er moet dus een keuze worden gemaakt. Laten partijen dit na en ontbreekt een wettelijk voorschrift dat deze keuze maakt, dan biedt de jurisprudentie uitkomst. Deze problematiek doet zich voor bij de gecombineerde huur en verhuur van alle objecten die kenmerken hebben van detailhandelsbedrijfsruimte (artt. 7:290 t/m 7:310 BW), woonruimte (artt. 7:232 t/m 7:282 BW), afhankelijke woonruimte (art. 7:290 lid 3 BW) en overige bedrijfsruimte (artt. 7:230 a BW) en waarbij slechts één of in het geheel geen schriftelijke huurovereenkomst bestaat, zodat het niet duidelijk is wat partijen hebben afgesproken over het toepasselijke wettelijke regime.

Er zijn bij dergelijke mengvormen diverse combinaties mogelijk: afhankelijke woonruimte met detailhandelsruimte, zelfstandige woonruimte met detailhandelsruimte, afhankelijke woonruimte met overige bedrijfsruimte, zelfstandige woonruimte met overige bedrijfsruimte, alsook detailhandelsruimte met overige bedrijfsruimte. In eerste instantie zal een rechter de gemengde huurovereenkomst moeten uitleggen teneinde de bedoeling van partijen te kunnen bepalen. Een voorbeeld. Indien in één huurovereenkomst een supermarktbedrijfsruimte met kantoorruimte en parkeerterrein worden verhuurd alsook het recht van medegebruik van een (tweede) parkeerterrein, doch voor dat (tweede) parkeerterrein een separate gebruiksregeling is overeengekomen, separaat een huurprijs wordt betaald en een afwijkende beëindigingsregeling is

getroffen, kan de huurder er niet op vertrouwen dat ook het tweede parkeerterrein onder de artt. 7:290 lid 2 e.v. BW valt.[75]

In één enkel geval geeft de wet uitdrukkelijk aan bij welke combinatie één bepaalde specifieke wettelijke regeling (naast de algemene bepalingen) op het geheel van toepassing is. Artikel 7:290 lid 3 BW (welk artikel in het nieuwe huurrecht als 'absorptieregel' kan worden aangemerkt) bepaalt voor de gecombineerd verhuurde afhankelijke woonruimte (veelal een winkelwoning) en de detailhandelsbedrijfsruimte dat de wettelijke regeling van detailhandelsruimte voor de combinatie prevaleert en dus op het geheel van toepassing is, dus ook voor de erbij behorende afhankelijke woonruimte. Slechts ingeval een dergelijke winkelwoning zonder praktische bezwaren kan worden (onder)verhuurd en er dus geen economische gebondenheid met de detailhandelruimte bestaat, is sprake van een zelfstandige woning en valt de woning onder de wettelijke bepalingen van woonruimte en valt de bedrijfsruimte onder de wettelijke bepalingen van detailhandelsbedrijfsruimte.[76] Zie hierover nader in hoofdstuk 6.

Voor de andere combinaties heeft de gedetailleerde jurisprudentie een criterium ontwikkeld. Voor de beantwoording van de vraag welke wettelijke regeling van toepassing is op de combinatie van niet-afhankelijke woonruimte en overige bedrijfsruimte, is de feitelijke overheersendheid van doorslaggevende betekenis. In een dergelijk geval is het gehuurde op grond van de vaste rechtspraak slechts dan niet in zijn geheel als woonruimte aan te merken, indien het, mede in aanmerking genomen de inrichting van het gehuurde en hetgeen partijen omtrent het gebruik voor ogen heeft gestaan, in overwegende mate voor een ander doel dan bewoning geschikt is. Hierbij komt bijzondere betekenis toe aan de vloeroppervlakte en het aantal vertrekken. Dit criterium is ontwikkeld naar aanleiding van een combinatie van de praktijkruimte van een tandarts en de bijbehorende woonruimte.[77] Dit criterium wordt vanwege zijn praktische toepasbaarheid, ook bij andere mengvormen, regelmatig door de rechter gehanteerd.[78] Een fraaie toepassing daarvan was de kwestie waarbij in één huurovereenkomst een sportterrein met zich daarop bevindende gebouwen werd verhuurd. Omdat de sportaccommodatie in overwegende mate voor sportbeoefening in gebruik was en dit een ander doel was dan waarvoor de kantine was bestemd, werd het geheel als artikel 7:230A BW-bedrijfsruimte gekwalificeerd. Voor een uitgebreide behandeling van dergelijke kwalificatiekwesties wordt verwezen naar paragraaf 13.6.

---

75 Voorzieningenrechter Rb. Utrecht 15 augustus 2002, *WR* 2002, 72.

76 HR 24 januari 1997, *NJ* 1997, 558.

77 HR 15 januari 1993, *NJ* 1994, 228, later op gelijke wijze toegepast in een tweede kwestie rond een tandartspraktijk aan huis in Ktr. Amsterdam 22 februari 2001 en Rb. Amsterdam 16 januari 2002,*WR* 2002, 45. Daarna bevestigd in HR 3 oktober 2003, *NJ* 2003, 720/ *WR* 2003, 11.

78 Rb. Amsterdam 30 oktober 1996, *WR* 1997, 43 (combinatie praktijkruimte en woonruimte) en Rb. Amsterdam 5 augustus 1998, *WR* 1999, 46 (combinatie winkel/expositieruimte en woonruimte).

1.6 Flexibiliteit

De door de wetgever beoogde flexibiliteit door de introductie van semi-dwingend recht (en de uitzondering daarop) ontbeert een dogmatische rechtvaardiging en levert een zodanige rechtsonzekerheid op dat dit fenomeen serieus dient te worden heroverwogen in een principieel debat, welk debat helaas niet heeft plaatsgevonden in de periode waarin de nieuwe huurwetgeving werd voorbereid.

De gewijzigde definitie van 'huur' levert nauwelijks meer flexibiliteit op. Daaraan was ook geen behoefte. Het schrappen van het vereiste van de 'bepaalde duur' rechtvaardigt de wetgever vanuit wettechnisch oogpunt door te verwijzen naar de mogelijkheid om met behulp van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW), eeuwigdurende huur tussentijds te wijzigen. Wetssystematisch mag dit zuiver zijn, er ontbreekt bevestigende jurisprudentie waaruit de praktische noodzaak van een dergelijke tussentijdse wijziging blijkt. Wel is de wetgever erin geslaagd het huurrecht op dit punt eenvoudiger te maken. De verwijzing naar art. 6:258 BW kan worden opgevat als een oriëntatie op de nieuwe omgeving waarin het huurrecht sinds 1 augustus 2003 verkeert.

De kritische houding van de rechter indien deze (ex art. 7:291 lid 2 en lid 3 BW) een clausule ter goedkeuring krijgt voorgelegd waarbij een afwijking van het semi-dwingend huurrecht is opgenomen (met name bij automatische beëindigingsclausules), leidt tot een hogere mate van bescherming van de huurder annex franchisenemer. Het nieuwe huurrecht is daarmee minder flexibel voor de verhuurder dan het oude huurrecht, dat in een uitdrukkelijk minder zware toetsing voorzag.

Door de huurder kan meer flexibiliteit worden verkregen indien een overeengekomen huurprijs die (geheel of gedeeltelijk) afhankelijk is van de door deze gerealiseerde omzet een nadere huurprijsvaststelling 'overleeft'. Deze flexibiliteit kan worden verwezenlijkt door het invoeren van het door mij beoogde art. 7:303 lid 5 BW (zie paragrafen 10.13 en 10.14).

Ook kan flexibiliteit worden geput uit het feit dat de franchisenemer als huurder krachtens art. 7:307 BW immer het dwingendrechtelijke recht van indeplaatsstelling toekomt; geen rechter kan hem dit afnemen of dit beperken. Ook het feit dat in het nieuwe huurrecht ook een ánder dan de huurder indeplaatsstelling kan vorderen biedt bij franchising de benodigde extra flexibiliteit.

2 Een historische oriëntatie

2.1 Inleiding

In het verlengde van de algemene bepalingen (artt. 7:201 t/m 7:231 BW) staat ook bij de specifieke huur en verhuur van detailhandelsbedrijfsruimte de bescherming van de huurder voorop. De vier onderwerpen waarbij de bescherming een grote rol speelt, zijn de wettelijk voorgeschreven huurtermijnen (zie hoofdstuk 7), de huurbeëindiging (hoofdstukken 8 en 9), de indeplaatsstelling (hoofdstuk 10) en de nadere huurprijsvaststelling (hoofdstuk 11). Met de 'overige bedrijfsruimte' worden in de praktijk vooral kantoren, banken, groothandelsbedrijven en fabrieken bedoeld. In hoofdstuk 6 en hoofdstuk 13 wordt daarop nader ingegaan. In deze categorie bedrijfsruimte voert de bescherming van de huurder niet de boventoon, zoals bij de huurder van detailhandelsbedrijfsruimte het geval is. Integendeel, alles kan vrijelijk worden overeengekomen: de huurtermijn, de opzegtermijn en een eventuele huurverhoging (anders dan de jaarlijkse indexverhoging). Wettelijke termijnbescherming, opzeggingsbescherming en huurbescherming ontbreken. De huur kan betrekkelijk eenvoudig door de verhuurder worden beëindigd. Vanaf de datum waartegen de ontruiming is aangezegd, komt de huurovereenkomst automatisch tot een eind. De gewezen huurder rest slechts een bepaald zwakke ontruimingsbescherming, waartoe deze bovendien spoorslags (binnen twee maanden na de aangezegde ontruimingsdatum) het initiatief moet nemen. Vanuit de achtergrond van deze twee categorieën dient de historische wetsontwikkeling te worden beschouwd.

2.2 De historie van het huurrecht bedrijfsruimte

De hierboven beschreven hoofdkenmerken van het wettelijke huurrecht van bedrijfsruimte zijn niet zomaar uit de lucht komen vallen. De stand van zaken sedert 1 augustus 2003 rondom de hoofdkenmerken van het huurrecht bedrijfsruimte en van het huurrecht in het algemeen is het resultaat van een jarenlang ontwikkelingsproces. Dit proces is niet rechtlijnig maar grillig en laat zich kenmerken door opmerkelijke cesuren. De oorzaken hiervan zijn dat het vinden van een werkbare balans tussen de verhuurder en de huurder door de wetgever in het poldermodel van ons staatsbestel een lastige politieke kwestie is en dat bovendien marktontwikkelingen niet zijn te voorzien. De wettelijke inbedding van het huurrecht bedrijfsruimte is onderhevig aan nieuwe inzichten (soms afkomstig uit het buitenland) en wisselende politieke krachtsverhoudingen in het parlement. De wettelijke ontwikkeling van het huurrecht bedrijfsruimte loopt aan de leiband van de politiek en verandert noodgedwongen mee, zij het vertraagd.

In de politiek staat in het bedrijfsruimtehuurrecht de vraag centraal in hoeverre de huurder overgeleverd moet worden aan marktontwikkelingen en in welke mate deze huurder (semi-)dwingendrechtelijke bescherming c.q. rechtszekerheid van de wetgever behoeft. In de politiek heerst sedert het eind van de jaren '50 het oordeel dat de huurder van de (toentertijd) schaarse detailhandelsbedrijfsruimte vanuit het gehuurde een onderneming exploiteert die een waarde vertegenwoordigt die nauw samenhangt met de locatie van de onderneming en daarom niet zomaar kan worden ontruimd. In die periode bestond voor de niet-locatiegebonden categorie van de kantoren, fabrieken e.d. (de 'overige bedrijfsruimte') niet een dergelijk schaarstepatroon met als gevolg dat die categorie een aanzienlijk minder verstrekkende bescherming werd toebedeeld.

De bescherming van de categorie van de detailhandelsbedrijfsruimte is aanvankelijk naar voren gekomen in het recht op schadevergoeding bij onteigening of opzeggingsbescherming bij huurbeëindiging. Dergelijke wettelijke mechanismen hebben als functie het belang van de in beginsel economisch sterkere overheid resp. verhuurder te compenseren, zodat, door middel van het gedeeltelijk ecarteren van vrije marktwerking, uiteindelijk een werkbare balans wordt gecreëerd. Op de achtergrond speelt mee het maatschappelijk belang van een vlot lopend handelsverkeer, waarin de detailhandelsondernemer het moet aandurven op zijn locatie te investeren – een van de belangrijkste aanjagers van de economie. Dit vergt een vooraf in te calculeren zekerheid van de ondernemer over het voortdurende gebruik van het pand op die betreffende locatie, zowel op het punt van de duur van het gebruik zélf als op het punt van de prijs ervan. Ziedaar, het wezenskenmerk van het huurrecht van detailhandelsbedrijfsruimte dat zich door de wetgever anno 1966 als volgt nader laat definiëren:[1]

– de noodzaak investeringen in een redelijke tijd te kunnen afschrijven;
– het voorkomen van verplaatsings- en herinrichtingskosten;
– het voorkomen van verlies van goodwill;
– de onzekerheid van het vinden van een gelijkwaardige nieuwe vestigingsplaats.

Mr. C. H. F. Polak, de toenmalige Minister van Justitie lichtte het bovenstaande in de Memorie van Toelichting (1966) toe. Hij formuleerde het wezenskenmerk van het huurrecht voor detailhandelsbedrijfsruimte als:[2]

> … een algemeen belang dat de bedrijfsuitoefening geschiedt in doelmatige en naar de eisen des tijds ingerichte panden, waarmede aan de behoeften der afnemers op bevredigende wijze kan worden voldaan. Dat zal ten aanzien van gehuurde panden slechts het geval zijn als de huurder de zekerheid van langdurig gebruik heeft. En naar de mening van ondergetekende is ook bij normale markttoestanden de maatschappelijke positie van de huurder in vergelijking tot die van de verhuurder niet sterk genoeg om te waarborgen dat de huurder zich de vereiste zekerheid door bepalingen in de

1 Kamerstukken II (MvT) 1966-1967, 8875, nr. 3 p. 4.
2 Kamerrstukken II (MvT) 1966-1967, 8875, nr. 3 p. 5.

> huurovereenkomst zal kunnen verschaffen. De ondergetekende meent een wettelijke regeling, welke voor huurovereenkomsten een langere tijd voorschrijft, te moeten voorstellen. Uiteraard zijn ook de betrokken belangen van de verhuurders op dit punt in de overweging betrokken. Deze stellen wellicht in het algemeen geen prijs op langdurige overeenkomsten (…). Maar gezegd kan toch worden dat de aard van de huurovereenkomst medebrengt, dat de persoon, mits deze een behoorlijke huurder is, voor de verhuurder overigens onverschillig zal zijn. Een overwegend bezwaar tegen een langdurige huurverhouding met een zelfde huurder zal hij veelal niet kunnen hebben.

Historisch inzicht in de wetsontwikkeling levert ten eerste kennis op over hieraan voorafgaande maatschappelijke ontwikkelingen, waardoor de strekking van de regelgeving op het gebied van het huurrecht van bedrijfsruimte beter kan worden begrepen. Bovendien biedt historisch inzicht relevante achtergrondinformatie op die behulpzaam kan zijn bij het onderhavige onderzoek naar de flexibiliteit van het huurrecht bedrijfsruimte. De lessen uit het verleden kunnen immers een waardevolle bijdrage leveren bij het formuleren van suggesties tot verbeteringen (zie hoofdstuk 14).

2.2.1 Het huurrecht voorafgaand aan de Tweede Wereldoorlog

Sedert de opkomst van de stedelijke bedrijvigheid aan het einde van de Middeleeuwen ontstond de behoefte aan obligatoire regelgeving op het gebied van huisvesting. Deze behoefte bestond zowel in de particuliere sfeer als in de commerciële sector. Een onderscheid daartussen werd toen nog niet gemaakt. Op lokaal niveau ontstond hiertoe weinig ontwikkelde regelgeving: de verhuurder bepaalde de huurprijs en de verhogingen daarvan en maakte tevens uit wanneer hij het welletjes vond en stelde dan eenzijdig de ontruimingsdatum vast. Indien men weigerde te ontruimen was daar geen civielrechtelijk kruid tegen gewassen. Verschillende plaatselijke regelingen soorten geen effect. Om deze reden werd de weigering te ontruimen strafbaar gesteld. Op grond van de Ordonnantie van de Staten van Holland van 26 september 1685 kon een weigerachtige huurder zelfs de doodstraf krijgen (na ontruiming). De in de Middeleeuwen gerecipieerde Romeinsrechtelijke basis maakte na de Franse Revolutie (1789) plaats voor de gedachte 'vrijheid, *gelijkheid* en broederschap' welk ideeëngoed ten grondslag lag aan de Code Napoleon (1804). Deze gelijkheidsgedachte betekende ook huurbescherming. In deze Code bepaalde art. 1768 dan ook dat de verhuurder de huur niet kon opzeggen, ook al had hij het object zelf dringend nodig. Huurbeëindiging kon in die tijd slechts met wederzijds goedvinden plaatsvinden. De achtergrond daarvan was dat er in die tijd geen woningnood heerste en de verhuurder eenvoudig elders een woning kon vinden. Bovendien was in die tijd de samenleving goeddeels agrarisch. Het pachten van grond, vee en de bijbehorende boerderij kon slechts plaatsvinden indien boeren van voortdurend gebruik verzekerd waren. Het is dit ideeëngoed dat de achtergrond vormde van de definitieve wettelijke basis van het huurrecht in de vorm van het Burgerlijk Wetboek uit 1838. De daarin opgenomen wettelijke bepalingen (artt. 1583 BW t/m 1623 BW) vormden de eerste nationale wettelijke grondslag van het huurrecht in de vorm van een tijdelijk, persoonsgebonden en niet-zakenrechtelijk gebruiks- en

genotsrecht. In de Eerste en Tweede Wereldoorlog ontstond vanuit het oogpunt van schaarste het risico op niet te beteugelen ontruimingen en huurstijgingen. Dit heeft geleid tot aanvullende (ad hoc) regelgeving ter beperking van dergelijke, op basis van algeheel aanvaarde maatschappelijk aanvaardbare normen, onwenselijke situaties.[3]

De historische basis van het wettelijk huurrecht zoals wij dat thans kennen, wordt derhalve gevormd door de zes afdelingen van de Zevende Titel van het Derde Boek van het oude Burgerlijk Wetboek uit 1838. Die wettelijke basis bevatte grotendeels aanvullend recht, waardoor partijen vrijelijk daarvan afwijkende afspraken konden maken. De wettelijke regeling was daarnaast algemeen van aard: het latere onderscheid tussen woonruimte, detailhandelsbedrijfsruimte en overige bedrijfsruimte ontbrak. Niemand had in 1838 kunnen vermoeden dat deze wettelijke huurrechtregeling in hoofdlijnen ruim 165 jaar zou blijven bestaan.

Een belangrijke cesuur wordt gevormd door de Eerste Wereldoorlog. Door de in die periode (1914-1918) ontstane woningschaarste was sprake van een sterke stijging van de huurprijzen. De positie van huurders werd kwetsbaar. De aloude balans der gelijkheid kwam onder druk te staan.

Op het onderdeel van gebouwen en gronden met een agrarische bestemming introduceerde de Pachtwet van 1937 de wettelijke regeling van de verhouding tussen de verpachter en de pachter.[4] Deze regeling was (en is) met name gebaseerd op de schaarste van de grond. Plaatsgebondenheid, dat in het huurrecht van detailhandelsbedrijfsruimte een belangrijke plaats inneemt, speelde in de Pachtwet overigens geen rol.

2.2.2 Het huurrecht na de Tweede Wereldoorlog

De Huurwet van 1950[5]

Het duurde tot na de Tweede Wereldoorlog voordat naast de oude regelgeving uit het Burgerlijk Wetboek van 1838 substantiële aanvullende wetgeving ontstond. De Huurwet van 1950 voorzag in de naoorlogse behoefte aan aanvullende en dwingendrechtelijke huurbescherming (met name aangaande de huurprijs en de opzegging), daar waar deze noodzakelijk was als gevolg van ten eerste sloop en wederopbouw van panden en de daaruit voortvloeiende schaarste vanwege het verlies van veel panden in de Tweede Wereldoorlog door vernielingen van bezetter en bevrijders. Daarnaast zorgde de naoorlogse geboortegolf voor acute woningnood. Tegen beide factoren was de oude regelgeving in het Burgerlijk Wetboek niet bestand. Deze (grotendeels aanvullende) regelgeving bood eenvoudigweg te weinig bescherming. Ook in de Huurwet

3 Asser-Abas, 5-IIA, p. 13 e.v.

4 Zie voor een algemene beschouwing over pacht: Asser-Snijders, 5-II , *Bijzondere overeenkomsten* (pacht).

5 Wet van 13 oktober 1950, Stb. K. 452.

1950 als aanvullende wet ontbrak overigens een afzonderlijke regelgeving voor bedrijfsruimte, eenvoudigweg omdat hier geen behoefte aan was. De huurder had onder de vigeur van het toenmalige artikel 18 van de Huurwet een grote mate van genotszekerheid. Indien de verhuurder tot opzegging overging, moest deze, bij gebreke van bewilliging in de opzegging, tot het uitbrengen van een dagvaarding overgaan, waarna de huurder verweer kon voeren. Gedurende de procedure was de huurder verzekerd van zijn huurgenot. Dit systeem functioneerde op zichzelf beschouwd zonder aanwijsbare knelpunten, zodat de wetgever geen noodzaak zag voor aanvullende wettelijke bescherming. Naarmate de tijd sedert 1950 vorderde, nam de schaarste (mede als gevolg van sloop en herbouw) langzaam af en daarmee logischerwijs ook het eventuele belang van aanvullende dwingendrechtelijke regelgeving (naast de bestaande algemene bepalingen in het Burgerlijke Wetboek).

Dit veranderde evenwel vrij plotseling door de bouw van de IJ-tunnel in Amsterdam, begin jaren '50. Voor deze aanleg waren op grote schaal onteigeningen van panden en daarmee tevens ontruimingen van de zittende huurders nodig. De bedrijfsmatige huurders in de panden aan de IJ-oever werden toen geconfronteerd met hun zwakke juridische positie als huurders van panden die werden onteigend en ontruimd, in welke situatie de toenmalige Huurwet de huurders geen enkele financiële compensatie of bescherming bood. Bovendien brak in deze periode in Nederland het algemene besef door dat als gevolg van grote maatschappelijke veranderingen, zoals verstedelijking, toenemende welvaart en gewijzigde productie- en distributiemethoden, de functie van bedrijfspanden een ander karakter had gekregen. Met name op het punt van de locatie kwam het belang van het bedrijfspand in het daglicht te staan en gezien de beperkte beschikbaarheid van panden werd men doordrongen van het belang de huurder ervan te beschermen.

Op 23 oktober 1956 werd door het kort daarvóór aangetreden kabinet-Drees in haar Regeringsverklaring toegezegd hiertoe met voortvarendheid een separate wettelijke regeling voor huurders van bedrijfsruimte te ontwerpen, voorafgegaan door een spoedig te realiseren voorlopige regeling ter ondervanging van de eerste knelpunten van de huurders. Met name op het gebied van financiële compensatie voor de schade die de huurders als ondernemers zouden lijden als gevolg van de noodzakelijke onteigeningen diende met spoed een nieuwe regeling te worden ontworpen. Ook omdat op dat moment al was voorzien dat de Huurwet, die gebaseerd was op de op dat moment afgenomen schaarste aan onroerend goed, haar betekenis voor bedrijfsmatig gebruikte panden zou gaan verliezen, waren voor nieuwe wetgeving dus meerdere goede redenen.

De Staatscommissie-Houwing van 1958

Voor het ontwerpen van een definitieve wettelijke regeling voor huurders van bedrijfsruimte werd in 1958 door het kabinet-Drees c.q. de toenmalige Minister van Justitie mr. I. Samkalden prof. mr. Ph. A. N. Houwing, raadsheer in de Hoge Raad, ingeschakeld. Onder diens voorzitterschap werd op 24 maart 1958 de Staatscommissie-

Houwing geïnstalleerd en aan het werk gezet, die, naar achteraf zou blijken, vijf jaar nodig had voor het opstellen van een definitieve wettelijke regeling. De opdracht aan de Staatscommissie-Houwing was drieledig:

1. het instellen van een onderzoek naar de vraag of de rechtspositie van huurders van bedrijfsruimte herziening behoeft;
2. het neerleggen van eventuele voorstellen in de vorm van een wetsontwerp;
3. het betrekken bij haar beschouwing van de invloeden van eventuele voorstellen op het gebied van onteigeningsrecht.

Reeds vanaf 1960 is het belang van de Huurwet voor huurders van bedrijfsruimte gestaag afgenomen. Niet zozeer echter omdat vanaf dat jaar de Huurwet niet meer gold voor ongebouwde onroerende zaken, maar vooral omdat een tijdelijke wet afkomstig uit de pen van de Staatscommissie Houwing uit 1961[6] de huurders van bedrijfsruimte de benodigde (aanvullende) bescherming bood in de vorm van een volledige schadeloosstelling bij onteigening en gedwongen ontruiming – meer dan op dat moment op grond van de oude Onteigeningswet uit 1851 mogelijk was. Sedert 1851 was namelijk de hoogte van schadeloosstelling voor de huurder gelimiteerd tot één resp. twee jaar huur (terwijl de eigenaar aanspraak kon maken op volledige schadevergoeding), hetgeen onvoldoende was ter bekostiging van de verplaatsing van de onderneming, de herinrichting van een object op de nieuwe locatie en de daaraan verbonden aanloopkosten. Deze tijdelijke wet (die vanwege het uitblijven van een definitieve wettelijke regeling keer op keer moest worden verlengd) dichtte de financiële kloof tussen de compensatie van de verhuurder en die van de huurder door ook de huurder het recht te geven op volledige financiële compensatie, inclusief de bedrijfsschade, dat wil zeggen de schade die de huurder als ondernemer lijdt indien tot onteigening wordt overgegaan.

Bij het ontwerpen van de tijdelijke wet werd schaarste als uitgangspunt van de Huurwet verruild door locatiegebondenheid van detailhandelondernemers. Aan deze tijdelijke wet lagen aldus belangrijke nieuwe inzichten ten grondslag (overgewaaid uit het buitenland) die, zo bleek achteraf, sedertdien de rode draad in het huurrecht van detailhandelbedrijfsruimte zouden gaan vormen. Met name het tweeledige inzicht dat de huurder van detailhandelsbedrijfsruimte een onderneming exploiteert die niet alleen een waarde vertegenwoordigt in de vorm van goodwill, maar tevens, en in samenhang met het voorgaande, een plaatsgebonden karakter heeft, is voor de wetgever veelbetekenend gebleken. Het pand van een huurder bleek naast opslag- en verkoopplek tevens een economische klantenbindende functie te hebben, waaraan bovendien juist voor de bedrijfsuitoefening zware eisen konden worden gesteld, bijvoorbeeld op basis van de Warenwet en de Drank- en Horecawet. Hieruit vloeide het inzicht voort dat deze plaatsgebonden goodwill in de detailhandel dwingendrechtelijke bescherming verdient. Hiermee in samenhang rees het besef dat (meestal gefinancierde)

6 De tijdelijke wet van 8 februari 1961, Stb. 1961, 30.

investeringskosten binnen een redelijke tijd moesten worden terugverdiend en dat bij verplaatsing het niet zeker was dat op de nieuwe locatie de klantenbinding opnieuw zou kunnen worden opgebouwd en dat dat in elk geval tot verhuis- en inrichtingskosten zou leiden. Ook om deze redenen hebben pand en huurders/ondernemers een sterke binding.

De Staatscommissie-Houwing werkte deze inzichten verder uit, hetgeen in 1963 uitmondde in een pakket voorstellen, waarbij het kernpunt was dat in de detailhandel een (fiscale) afschrijvingstermijn van investeringen over een periode van vijf jaar (gebruikelijk en aanvaardbaar op grond van 'goed koopmansgebruik') als basis werd genomen voor een daaraan gekoppelde huurbescherming van vijf jaar plus een verlengingsmogelijkheid met nog eens vijf jaar. Vanwege deze minimumtermijn van vijf jaar zou de detailhandelondernemer bovendien zijn (eerste) investeringen eenvoudiger met krediet kunnen financieren. [7] Slechts met toestemming van de rechter kon op de minimumtermijn een uitzondering worden gemaakt, tenzij sprake was van een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd of voor minder dan twee jaar. In deze twee gevallen was géén toestemming vereist voor de contractuele afwijking van de minimumduur. Bij feitelijke voortzetting na ommekomst van de tweejarige huurovereenkomst gold de hoofdregel van de minimumduur van vijf jaar weer, op welke termijn de voorliggende huurcontractsperiode in mindering werd gebracht. Dit systeem was uitdrukkelijk opgezet voor de huurders van detailhandelbedrijfsruimte, maar gold tevens voor de huurders van opslagruimte, kantoren, opslagplaatsen e.d. Slechts de huurder die voor de uitoefening van zijn beroep een bedrijfspand huurde behoefde deze bescherming niet en voor deze categorie waren volgens de Staatscommissie-Houwing dan ook geen wettelijke maatregelen nodig. Op het onderwerp van onteigening bestond overigens grote verdeeldheid binnen de Staatscommissie-Houwing. De Commissie werkte dit onderwerp derhalve slechts uit op het onderwerp waar men wél tot een eenduidig voorstel kwam, te weten het tweeledige voorstel waarbij de feitelijke genotsverwachting een nadrukkelijke rol speelde bij het bepalen van de hoogte van de schadeloosstelling (overeenkomstig art. 42 lid 1 Onteigeningswet) en waarbij, ter aanvulling daarop, de verhuurder jegens de huurder tot schadeloosstelling verplicht is bij huurbeëindiging wegens de uitvoering van werken 'te algemene nutte' (overeenkomstig art. 7:309 BW).[8]

---

7 Evers (Evers, p. 74) acht de termijn van twee keer vijf jaar arbitrair. Ik ben het daar niet mee eens. Het kan Evers worden toegegeven dat er in de jaren '50 geen fiscaal-wettelijk voorschrift bestond (en ook nu niet bestaat) waarop de specifieke duur van het termijnensysteem was resp. is gebaseerd. Aangehaakt dient derhalve te worden op het door 'goed koopmansgebruik' ingegeven fiscale afschrijvingstempo van de inrichtingsinvesteringen van de ondernemer. Afgezien van het feit dat daarin in de loop der tijd meer flexibiliteit is ontstaan, kan in de jaren '50 daartoe een afschrijvingstermijn van vijf jaar als ruimschoots aanvaardbaar worden aangenomen. Ergo: een wettelijke grondslag voor het termijnensysteem ontbreekt, maar arbitrair is deze niet, want aangehaakt kan worden bij het afschrijvingstempo krachtens goed koopmansgebruik.

8 Zie over de herkomst en strekking van één en ander paragraaf 7.15 en de aldaar aangehaalde Parlementaire Geschiedenis.

Het resultaat van de werkzaamheden van de Staatscommissie-Houwing werd in de vorm van een geheim rapport vervat, dat in de zomer van 1963 verscheen. Dit rapport werd om politieke redenen eerst op 18 oktober 1966 in aangepaste vorm naar buiten gebracht als een concreet wetsontwerp[9]. In de Memorie van Toelichting maakte de wetgever uitdrukkelijk duidelijk dat bij een normale marktsituatie de maatschappelijke positie van de huurder ten opzichte van diens verhuurder wettelijke versterking behoeft teneinde te voorkomen dat deze voor de benodigde termijn- en huurbescherming afhankelijk is van de tekst van de huurovereenkomst. Deze bescherming achtte de wetgever noodzakelijk voor de duur van tien jaar, dit ten behoeve van de afschrijving van de door de huurder gerealiseerde investeringen in het gehuurde pand. Bij de behandeling van het wetsontwerp in de Tweede Kamer bleken niettemin veel kritische vragen te rijzen. Dit was niet onbegrijpelijk omdat het wetsontwerp getuigde van in Nederland geheel onbekende gezichtspunten. Naar aanleiding van de inventarisatie daarvan in het Voorlopig Verslag (1967) volgde de reactie van de Regering eerst op 5 december 1969 in de vorm van de Memorie van Antwoord waarin op de vele vragen werd gereageerd waaraan tevens concrete consequenties werden verbonden in de vorm van gewijzigde concept-wetsartikelen die op hetzelfde moment bij een uitvoerige Nota van Wijziging bij de Tweede Kamer werd ingediend. Daarin werd voorgesteld dat de aanvankelijk beperkte werkingssfeer van het wetsvoorstel (alleen detailhandel) op basis van het criterium van de plaatsgebondenheid (dat overigens niet uitdrukkelijk in de wettekst werd genoemd) werd uitgebreid tot de horecabranche, de afhaal- en besteldienst, het ambachtsbedrijf en het kampeerbedrijf alsook de bijbehorende onzelfstandige woning (overeenkomstig het huidige art. 7:290 lid 2 en lid 3 BW). De termijnbescherming werd daarin beperkt tot de eerste tien jaar, zij het dat voor de periode daarna door middel van een open belangenafweging de huurder nog enige bescherming kon worden geboden. Anders dan de Staatscommissie-Houwing doorzag de Regering blijkens deze laatste toevoeging dat een huurder van detailhandelsbedrijfsruimte als gevolg van huuropzegging en -beëindiging ook na tien jaar nog in problemen kan geraken. Met betrekking tot dit laatste werd een geheel nieuwe huuropzeggings- en -beëindigingsregeling geïntroduceerd (overeenkomstig het latere art. 1631a BW). Door middel van deze Nota van Wijzigingen poogde de Regering een werkbare balans te creëren tussen de economisch sterke verhuurder en de economisch zwakkere huurder, geheel passend in de tijdgeest van dat moment.[10]

Niet verwonderlijk was dat bij de behandeling van het aangepaste en door de Regering in evenwicht gebracht wetsontwerp in de Tweede Kamer op 17 september 1970 de steun overweldigend bleek, evenals in de Eerste Kamer in januari 1971. Een uniek en, zoals later zou blijken, nimmer meer terugkerend moment in het wetgevingsproces aangaande huurregelgeving. Ook het per 1 augustus 2003 geldende nieuwe huurrecht

9 Wetsvoorstel van 18 oktober 1966, nr. 8875.
10 Zie op dit punt ook: Evers, p. 3.

heeft de opzet van het ontwerp-Houwing, dat in de loop der tijd niet ingrijpend gewijzigd is, zij het dat de positie van de huurder sedertdien gestaag (enigszins) is versterkt.

De wet van 1971 nader beschouwd

Op 1 mei 1971 trad de nieuwe wet[11] in werking, gelijktijdig met de intrekking van de Huurwet voor wat betreft de detailhandelsbedrijfsruimte, en de wijziging van het burgerlijk procesrecht en de Onteigeningswet. De opzet van de eerste separate wettelijke regeling voor het huurrecht van bedrijfsruimte was bescheiden, ondanks het feit dat hieraan vijftien jaar was gewerkt: het inhoud geven aan de plaatsgebondenheid van een onderneming in een gehuurd pand. Kernpunt was met name de termijnbescherming van vijf plus vijf jaar, die de huurder evenwel niet van rechtswege genoot, doch op eigen initiatief bij de kantonrechter moest inroepen op basis van het nieuwe art. 1631a BW. Dit was een andere en minder huurdersvriendelijke regeling dan de oude regeling onder de vigeur van de Huurwet, waar het procesinitiatief niet bij de huurder doch juist bij de verhuurder lag. De huurder diende binnen zes weken na de ontvangst van de huuropzeggingsbrief zelf het procesinitiatief te nemen door de kantonrechter te verzoeken de opgezegde huurovereenkomst te verlengen en de opzegging nietig te verklaren. Liet de huurder dit na, ondanks het wettelijke vereiste in de Huurwet dat de verhuurder de huurder in de opzeggingsbrief hierop diende te wijzen, dan was aan de ontruiming niet meer te ontkomen. Dit huurdersonvriendelijke opzeggingssysteem bleef tot 1981 bestaan.

Huurprijsbescherming leek op dat moment niet noodzakelijk, want de naoorlogse schaarste was naar het oordeel van de wetgever voorbij. De huurprijs was daarom vrij overeen te komen en kon eerst na verlenging van de huurtermijn als gevolg van het nietig verklaren van een opzegging door de verhuurder aan de orde komen. De huidige inhoudelijke grondslag van nadere huurprijsvaststelling op basis van de gemiddelde huurprijs van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse kende de wet toen nog niet. Daarnaast bevatte de nieuwe wet de definitieve wettelijke basis voor het recht op schadevergoeding van de huurder van een bedrijfsmatig gehuurd pand.

Inmiddels was de Huurwet door diverse liberalisatiebesluiten sedert 1967 verder ontmanteld. Met name voor de categorie 'overige bedrijfsruimte' bleef een restant overeind, namelijk de regeling in hoofdstuk VIA aangaande de beëindiging van huurovereenkomsten van deze categorie.

In 1971 ontstond aldus de hierboven kort omschreven afzonderlijke wettelijke regeling voor het huurrecht van bedrijfsruimte, vastgelegd in de artikelen 1624 t/m 1636b BW, met (slechts) termijnbescherming van de huurder als kern. Juist omdat huurprijsbescherming daarvan geen onderdeel uitmaakte en omdat de Huurwet al eerder op het punt van diens prijsbeheersende functie buiten werking was gesteld, was de vrije prijsvorming een feit. In tegenstelling tot wat de wetgever (die meende dat de schaarste

11 Wet van 28 januari 1971 (Stb. 44), later gevolgd door een verbeterde versie: de Wet van 7 april 1971 (Stb. 207).

voorbij was) vermoedde, ontstond er een ware explosie van huurprijzen van winkelpanden, ondanks het feit dat bedrijfspanden die na de Tweede Wereldoorlog zonder subsidie waren gebouwd, niet gebonden waren aan huurprijzen van 1940 en waren verhoogd met diverse percentages. De oorzaak van de prijsexplosie van met name de oudere panden in de tot 1 mei 1971 nog niet geliberaliseerde gebieden, was dat de verhuurders hun kans schoon zagen en op grote schaal de lopende huurovereenkomsten met winkeliers opzegden. De huurders verzochten en verkregen ook in de meeste gevallen de door hen verlangde nietigheid van de opzegging annex verlenging van de huurovereenkomsten. Daarom ging het de meeste verhuurders evenwel niet; zij beoogden eenvoudigweg hogere huurprijzen van de panden die ruim twee decennia lang door de Huurwet aan vrije-marktontwikkeling onttrokken waren gebleven.

De verhuurders stelden in het kader van de niet-toegekende huurbeëindiging krachtens de toenmalige artikelen 1626 lid 3 BW of 1631 a lid 7 BW op grote schaal de bij de marktontwikkeling achtergebleven huurprijs ter discussie. Zij verwezen daarbij naar de huurprijzen van vergelijkbare bedrijfsruimte die, hoe kon het ook anders, aanzienlijk hoger waren. Met name de Rotterdamse Lijnbaan, waar voor winkelpanden in het toen nieuwe winkelgebied door speculatie zeer hoge huurprijzen golden, was toen een populair gebied waarnaar de verhuurders voor de nieuw vast te stellen huurprijs van detailhandelsbedrijfsruimte overal ten lande verwezen. Zo kon het gebeuren dat een schoenenzaak in Delfzijl een nader vastgestelde huurprijs kreeg van een vergelijkbare schoenenzaak aan de Lijnbaan in Rotterdam. Een dergelijke huurprijs was in Delfzijl niet op te brengen, zodat noodgedwongen huurbeëindiging op initiatief van de huurder onvermijdelijk was. Dit effect (het zgn. 'Lijnbaaneffect') van de nieuwe wetgeving (waarbij niet controleerbare huurverhogingen zouden leiden tot massale huurbeëindigingen), die huurders van detailhandelsbedrijfsruimte juist beoogde te beschermen, was door de wetgever niet voorzien. Hiertoe werd daarom inderhaast nieuwe wetgeving ontworpen[12] en ingediend op 13 maart 1975, welke wetgeving overigens ook vanuit juridisch-technisch noodzakelijk was teneinde het onderlinge verband met de kort daarvóór inwerking getreden wetgeving over huurrecht van woonruimte[13] te synchroniseren, zoals de noodzaak tot invoering van de verplichting om de beëindigingsgronden in de opzeggingsbrief te vermelden (op straffe van nietigheid) en een op de belangafweging gebaseerde toetsingnorm ten behoeve van de beoordeling van verlengingsverzoeken na opzegging door de verhuurder. Het Voorlopig Verslag bood de Tweede Kamer de gelegenheid bij uitstek de eerste ervaringen van de wet van 28 januari 1971 te evalueren en daarbij concrete wijzigingsvoorstellen te doen.

De wetten van 1975 en 1979

Op 1 september 1975 werd het nieuwe artikel 1632a geïntroduceerd. Dit artikel had ten eerste de strekking de huurprijswijziging los te koppelen van huuropzegging. Het toen

12 Wetsvoorstel 12 312.

13 Wet van 15 juni 1975 (Stb. 305).

nieuwe artikel 1632a BW moest een einde maken aan de 'misstand' dat de verhuurder de huurprijs slechts kon wijzigen in het kader van een opzegging door de verhuurder. Ook zonder opzegging door de verhuurder kan sedertdien de huurprijs van detailhandelsbedrijfsruimte worden gewijzigd en wel na ommekomst van telkens een periode van vijf jaar. Tevens werd geïntroduceerd het inhoudelijke toetsingskader: de huurprijs werd nader vastgelegd op basis van de gemiddelde huurprijs van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse. Een functionele geografische beperking, die in het voorbeeld van de exploitant van de schoenenzaak in Delfzijl evenwel te laat kwam. Daarnaast ontstond ook voor de huurder de mogelijkheid om huurprijswijziging te verzoeken. Al met al was de nieuwe wet in 1975 met de introductie van artikel 1632a BW (geformuleerd in de Nota van Wijzigingen) een eerste stap in de goede richting.[14]

Voor woonruimte ontstond in 1979 een afzonderlijke wettelijke regeling: artt. 1623a BW t/m 1623o BW,[15] onder gelijktijdige intrekking van de Huurwet op het punt van de regelgeving aangaande woonruimte. De functie van de Huurwet heeft na diverse liberalisatiebesluiten sedert 1979 naast de kleine categorie van niet-geliberaliseerde bedrijfsruimte met name nog slechts betrekking gehad op geliberaliseerde bedrijfsruimte, geregeld in de artikelen 28a t/m 28h hoofdstuk VIA van de Huurwet. Gelijktijdig met het invoeren van het nieuwe huurrecht in titel 7.4 van het Burgerlijk Wetboek zou ook dit laatste restant van de Huurwet in een later stadium uiteindelijk worden ingetrokken.

Aldus kan eerst sedert 1979 gesproken worden van overwegend dwingendrechtelijke en separate regelgeving voor woonruimte, detailhandelsbedrijfsruimte en overige bedrijfsruimte, naast de overwegend niet-dwingendrechtelijke algemene bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek. Dit driesporenbeleid is sedertdien op zichzelf beschouwd ongewijzigd gebleven en heeft vanaf 1 augustus 2003 een nieuwe wettelijke basis gevonden in het nieuwe huurrecht van titel 7.4 in het Burgerlijk Wetboek, systematischer en dus logischer gerangschikt en, tezamen met aanvullende regelgeving zoals de Uitvoeringswet huurprijzen woonruimte, beter ingebed in met name het algemene verbintenissenrecht.

De wet van 1980

De eerder hierboven aangeduide huurprijsexplosie bij huurders van detailhandelsbedrijfsruimte zette zich evenwel ook na de wetswijziging van 1975 voort, zij het in enigszins afgezwakte vorm, zo bleek enkele jaren daarna. Debat in de Tweede Kamer[16] gevolgd door een belangrijke motie op 23 november 1978[17] leidde in 1980 via wetsvoorstel 15 666[18] na een kritisch Voorlopig Verslag van de Tweede Kamer wederom tot nieuwe inderhaast totstandgekomen (reparatie)wetgeving,[19] ter beperking van de

14 Wet van 26 juni 1975 (Stb. 339).
15 Wet van 21 juni 1979 (Stb. 331).
16 Kamerstukken II 1978-1979, 15 110, nr. 3.

werking van artikel 1632a BW en meer in het bijzonder ter volledige ecartering van marktinvloeden.

Geïntroduceerd werd een aanvullend toetsingskader van nadere huurprijsvaststelling, waarmee huurprijsverhoging tot marktniveau onmogelijk werd gemaakt. Hiertoe werd het voorschrift dat de rechter bij een nader vast te stellen huurprijs behoorde te letten op het gemiddelde van de huurprijzen van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse, uitgebreid met de frase: 'welke zich hebben voorgedaan in een tijdvak van vijf jaren voorafgaande aan de dag van het instellen van de vordering': de zgn. 'referentieperiode'. Hieraan werd bovendien toegevoegd de daarop aansluitende zin: 'Iedere aldus in de vergelijking te betrekken huurprijs wordt herleid volgens de algemene ontwikkeling van het prijspeil sinds de dag waarop die huurprijs gold tot aan die van het instellen van de vordering.' Aan deze nieuwe aanvullende regelgeving werd bovendien (beperkte) terugwerkende kracht verleend: tot twee jaar vóór de invoering van de wet bij rechterlijk vonnis vastgestelde huurprijzen konden gedurende een jaar alsnog aan de hand van de nieuwe methodiek worden gecorrigeerd.[20] Ook omdat daarenboven de rechter blijkens het wetsvoorstel 15 666 uitdrukkelijk werd voorgeschreven niet alleen rekening te houden met de huurprijzen van nieuw tot stand gekomen huurovereenkomsten (welke dus niet de volle referentieperiode hadden 'uitgezeten') was dit een verregaande en derhalve ingrijpende inbreuk op de rechtszekerheid van verhuurders, doch de politieke krachtverhoudingen maakten dit mogelijk, ter bescherming van de huurder van detailhandelsbedrijfsruimte.

De wet van 1981

Niet lang daarna (in 1981) werd het huurrecht van bedrijfsruimte wederom ingrijpend gewijzigd[21] naar aanleiding van wetsvoorstel 16 655 dat op 27 februari 1981 werd ingediend. Tezamen met de op dat moment betrekkelijk nieuwe separate wetgeving voor het huurrecht van woonruimte ging de gehele opzeggingsregeling op de helling. Het noodzakelijke initiatief van de huurder om de kantonrechter te verzoeken om

17 Kamerstukken II 1978/1978; 15 300, nr. 56 XIII, 23 november 1978 (Portheine/Van Muiden). In deze motie werd vastgesteld 'dat hoe langer hoe meer huurprijzen van bedrijfspanden tot stand komen die een economisch aanvaardbare hoogte voor de betrokkenen vaak verre te boven gaan'. De Tweede Kamer drukte de Staatssecretaris van Economische Zaken daarbij op het hart dat de reeds eerder door deze aangekondigde wetswijziging nu spoedig tot stand moest komen.

18 Ingediend op 12 juli 1979.

19 De gewijzigde wet werd op 6 december 1970 door de Tweede Kamer aangenomen en op 18 maart 1980 door de Eerste Kamer (Stb. 124), waarna deze vervolgens krachtens Koninklijk Besluit op 28 maart 1980 in werking trad. Op 6 mei 1980 werd in het verlengde hiervan een wetsvoorstel ingediend ter aanpassing van het overgangsrecht. Dit wetsvoorstel resulteerde in de wet van 8 november 1980 (Stb. 590) die krachtens Koninklijk Besluit (met terugwerkende kracht) op 28 maart 1980 in werking trad.

20 De Wet van 8 november 1980 (Stb. 590) wijzigde art. II van de overgangsbepalingen van de Wet van 19 maart 1980 en werkte terug tot 28 maart 1980.

21 Wet van 4 juni 1981 (Stb. 331).

nietigverklaring van de huuropzegging van de verhuurder werd afgeschaft, hetgeen een ingrijpende redactionele wijziging van de artt.1624 e.v. BW tot gevolg had. Het initiatief kwam zowel bij bedrijfsruimte als bij woonruimte volledig bij de verhuurder te liggen, op wie een verplichting (op straffe van nietigheid van de opzegging) kwam te rusten de huurder in de opzeggingsbrief te verzoeken binnen zes weken schriftelijk mede te delen of deze kon bewilligen in de opzegging. De nieuwe regeling kwam voorts erop neer dat de verhuurder, nadat deze duidelijk was dat de huurder niet bewilligde in de huuropzegging, naar de kantonrechter moest stappen om huurbeëindiging te verzoeken. Daarnaast werd de opzeggingsregeling met meer waarborgen omgeven ter bescherming van de huurder. Zo werd bij huuropzegging wegens persoonlijk gebruik geïntroduceerd de wachttermijn van drie jaar na rechtsopvolging (onder bijzondere en onder algemene titel) van de verhuurder, bij de schending waarvan de opzegging nietig was. Bovendien werd bij huurbeëindiging wegens dringend eigen gebruik een regeling geïntroduceerd strekkende tot een tegemoetkoming in de verhuis- en inrichtingskosten van de huurder. Daarnaast was nieuw het verbod op huuropzegging door de verhuurder teneinde daarmee een hogere huurprijs te realiseren. Voorts werd art. 1636 opgenomen dat bepaalde dat ontbinding wegens wanprestatie van de huurovereenkomst niet buitengerechtelijk doch slechts door de rechter kon geschieden.

Uit politieke overwegingen maakte de regering grote haast met dit wetsvoorstel; de verkiezingen stonden namelijk voor de deur en de verwachting was dat de politieke krachtverhoudingen zich ingrijpend zouden wijzigen. Uit de Memorie van Antwoord blijkt ook dat de opzet van het wetsvoorstel bewust beperkt van opzet was, 'om nadere evaluaties en eventuele wijzigingsvoorstellen te voorkomen'.[22] Het verliep ook, geheel naar de zin van de zittende regering, heel vlot: nadat het wetsvoorstel op 27 februari 1981 was ingediend werd de wet reeds op 4 juni 1981 aangenomen en trad deze op 1 augustus 1981 in werking.

Aldus werd het sedert 1979 lopende driesporentraject (met name de eerste twee van de drie separate speciale wettelijke regelingen voor woonruimte, detailhandelsbedrijfsruimte en overige bedrijfsruimte) tot 1981 stapsgewijs uitgebouwd met voorzieningen ter bescherming van de huurder van detailhandelsbedrijfsruimte. Zowel de huurprijsbescherming als de opzeggingsbescherming vulden daarmee de eerder wettelijk vastgelegde termijnbescherming van huurders van detailhandelsbedrijfsruimte aan. Naast elk van de drie semi-dwingendrechtelijke wettelijke categorieën bleven de aloude voornamelijk niet-dwingendrechtelijke algemene bepalingen van de artikelen 7A:1584 BW t/m 7A:1623 BW onverkort gelden als aanvulling daarop.

---

22 In dit verband werd de behandeling van andere relevante onderwerpen van het huurrecht bedrijfsruimte, zoals de nadere huurprijsvaststelling en de categorie overige bedrijfsruimte naar de nabije toekomst verwezen, hetgeen overigens op de korte termijn na 4 juni 1981 geen concreet gevolg heeft gehad.

Ter ondersteuning van de rol van de kantonrechter in het kader van het wettelijk vastgelegde huurprijsbeschermingssysteem werd, teneinde hem in de gelegenheid te stellen zich terdege te doen adviseren, een landelijk netwerk van Bedrijfshuuradviescommissies opgezet. Dit initiatief van de Kamers van Koophandel en Fabrieken heeft nimmer een wettelijke basis gekregen, maar is in de loop der jaren uitgegroeid tot een objectieve bron van informatie voor de kantonrechter.

De wetgeving anno 1981 zou, los van enkele terminologische en processuele wijzigingen in 1992 ruim twintig jaar vrijwel ongewijzigd bestaan, namelijk tot en met 31 juli 2003. In deze periode van ruim twee decennia kon jurisprudentie tot ontwikkeling komen, hetgeen ook nodig was omdat aldus kon worden bezien of de op onderdelen inderhaast in elkaar gesleutelde aangepaste (maatschappelijk gevoelige) wetgeving van het huurrecht bedrijfsruimte ook een vaste plaats in de maatschappij kon verwerven. Het resultaat is een vloed van hogere en lagere rechtspraak die in deze periode nader vorm heeft gegeven aan de wet.

De evaluatieronde van 1984-1986
In de jaren na 1981 bleek de wettelijke regeling van detailhandelsbedrijfsruimte niet vlekkeloos te lopen. Daarom besloot de Staatssecretaris van Economische Zaken in overleg met de Minister van Justitie tot een evaluatie. Met name over de effecten van nadere huurprijsvaststelling werd gedebatteerd. De vrucht daarvan werd opgenomen in twee brieven van de Staatssecretaris van Economische Zaken die deze op resp. 25 juni 1984 en 19 juni 1985 mede namens de Minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer zond.[23] De eerste brief betrof de nadere huurprijsvaststelling en meer in het bijzonder de praktische moeilijkheden die de Kring van Kantonrechters en de Kamers van Koophandel hadden geïnventariseerd bij het opsporen van vergelijkingspanden. De tweede brief bevatte de inventarisatie van de reacties op de eerste brief afkomstig van huurders (verenigd in de Huurderscommissie Lijnbaan) en verhuurders (vertegenwoordigd door de ROZ). De verzamelde reacties gaven niet direct blijk van een eenduidige richting waarin materiaal voor een eventuele wetswijziging zou kunnen worden gezocht, doch veeleer van uiteenlopende belangen. Per brief van 1 augustus 1986 deelde de Staatssecretaris van Economische Zaken mede niet op korte termijn voornemens te zijn de wettelijke regeling te willen wijzigen.[24]

De invoering van het NBW in 1992
Ter gelegenheid van de invoering van het NBW op 1 januari 1992 is wat het huurrecht in algemene zin betreft slechts sprake geweest van een kleine terminologische wijziging. Zo werd de term 'goed' vervangen door de term 'zaak'. Ook werden de artikelen 1624 t/m 1636b ondergebracht in boek 7A. Wat de processuele kant van het huurrecht werd daarbij, als gevolg van het kort daarvóór (op 30 december 1991)

23 Kamerstukken II 1983/1984, 17 553, nr. 26 en Kamerstukken II 1984/1985, 17 553, nr. 52.
24 Kamerstukken II 1985/1986, 19 200, hoofdstuk XIII, nr. 83.

ingevoerde Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering[25] de verzoekschriftprocedure vervangen door de dagvaardingsprocedure, met uitzondering van de regeling in art. 7A:1629 BW (verzoek tot goedkeuring van afwijkende bedingen) waarbij de verzoekschriftprocedure werd gehandhaafd.

Sedert de invoering in 1991 van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek en de invoering in 1992 van de Boeken 3, 5 en 6 was in 1992 een einde gekomen aan een grote wetgevingsoperatie van het Burgerlijk Wetboek. Vanaf 1992 ging het erom afzonderlijke regelingen van benoemde overeenkomsten uit Boek 7A van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel te vervangen door nieuwe titels in Boek 7 of Boek 8. Zo ook in het huurrecht. In 1995 is in dit verband met het indienen van wetsvoorstel 24 150 een poging gedaan het huurrecht van bedrijfsruimte ingrijpend te wijzigen en tot een algehele uniforme wettelijke regeling te komen.

Het wetsvoorstel 24 150

De Staatssecretaris van Economische Zaken verstrekte in 1990 de opdracht tot het uitvoeren van een onderzoek naar het functioneren van de wetgeving aangaande detailhandelsbedrijfsruimte enerzijds en de behoefte van de praktijk anderzijds.[26] Dit onderzoek resulteerde in het rapport 'Huur en Verhuur van bedrijfsruimte; evaluatie van en alternatieven voor de huidige wettelijke bepalingen' (het zgn. 'rapport-Bakkenist'). Dit rapport kwam met, in de kern samengevat, vier concrete aanbevelingen:

1. voor het werkingsgebied van artt. 7A:1624 e.v. bestaat geen beter alternatief en dit dient derhalve te worden gehandhaafd;
2. de termijnbescherming kan worden afgeschaft;
3. de huurbeëindigingsgronden dienen te worden gehandhaafd;
4. huurprijsherziening dient aan de hand van de marktwaarde plaats te vinden.

De aanbevelingen van dit rapport mondden uit in een eerste concept-wetsvoorstel dat aanmerkelijk verder ging dan het rapport. Zo werd de werkingssfeer van artt. 7A:1624 e.v. uitgebreid met de categorie 'overige bedrijfsruimte'. Slechts de huurders die ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst in beginsel verplicht waren een volledige jaarrekening op te maken en te deponeren of bij wie op dat tijdstip ten minste 50 personen werkzaam waren vielen volgens het concept onder Hoofdstuk VIA van de Huurwet. Voor deze nieuw ontstane categorie huurders werd de wettelijke huur-(prijs)bescherming niet noodzakelijk geacht. Op het punt van nadere huurprijsvaststelling bevatte het concept-wetsvoorstel de redelijkheid als enige toetssteen. De nader vast te stellen werd aan partijen overgelaten. De rechter had geen uitdrukkelijke rol meer.

---

25 Deze wet was reeds op 31 januari 1991 aangenomen.

26 Teneinde het rapport een zo breed mogelijke basis te geven werd een begeleidingscommissie ingesteld bestaande uit vertegenwoordigers van de ROZ, KNOV, NCOV, RFGB, VVK en de Kring van kantonrechters. De overheid was vertegenwoordigd door vertegenwoordigers van de Ministeries van Economische Zaken en Justitie.

Van dit concept kon men bij het opstellen ervan al in redelijkheid vermoeden dat dit geen meerderheid in de Tweede Kamer zou gaan behalen. Daarom werd er nog flink aan gesleuteld, hetgeen erin resulteerde dat een ingrijpend gewijzigd conceptwetsvoorstel ter tafel kwam dat op 28 april 1995 bij de Tweede Kamer werd ingediend.[27] Dit voorstel voorzag met name in een geheel nieuw toepassingsgebied, waarbij de detailhandelsbedrijfsruimte en de overige bedrijfsruimte werden samengesmolten tot één nieuwe categorie, verdeeld in grote bedrijfsruimte (groter dan 200 m²) en kleine bedrijfsruimte (kleiner dan 200 m²), met als gevolg dat de Huurwet kon worden ingetrokken.[28] De termijnbescherming werd afgeschaft. De opzeggingsregeling bleef gehandhaafd. Bovendien voorzag het wetsvoorstel in een nadere huurprijsvaststelling op het niveau van de marktwaarde en waarbij tevens een ontvankelijkheidseis gold: bij een vordering strekkende tot nadere huurprijsvaststelling diende een deskundigenrapport te worden overgelegd dat door één of meerdere, door beide partijen benoemde deskundige(n) was opgesteld. Tevens werd een geheel of gedeeltelijk aan de omzet gerelateerde huurprijs geïntroduceerd. Ook op het gebied van onderverhuur bevatte dit wetsvoorstel iets nieuws: Onderhuur zou automatisch worden beëindigd op hetzelfde tijdstip als de hoofdhuurovereenkomst zou eindigen, tenzij de onderhuurder niet tenminste drie maanden voor dat tijdstip daarvan schriftelijk op de hoogte was gesteld waarbij de onderhuurder een vordering tot schadevergoeding jegens de onderverhuurder had indien die onvoldoende had gewaakt voor de belangen van de onderhuurder.

Dit maatschappelijk gevoelige wetsvoorstel bleek al snel te ingrijpend[29] en kon uiteindelijk op onvoldoende steun in de Tweede Kamer rekenen. Met name had de nieuw ontstane indeling in categorieën als gevolg dat bepaalde huurders verregaande huurbescherming kregen waaraan geen behoefte bestond, met name gold dit voor de grote huurders in de categorie 'overige bedrijfsruimte'. Er was evenwel geen alternatief voor een bepaalde begrenzing. Ook de nieuw voorgestelde nadere huurprijsvaststellingssystematiek waarbij marktniveau als enige criterium gold stuitte op weerstand, zo bleek bij het wetgevingsoverleg van 15 december 1997,[30] met name omdat men de terugkeer vreesde van het eerdere gehekelde zgn. 'Lijnbaaneffect' (waarvoor eerder twee wetswijzigingen nodig waren teneinde dit effect volledig buiten werking te stellen). Het wetsvoorstel werd dan ook uiteindelijk per brief van de Minister van 23 augustus 1999 ingetrokken.[31]

De periode vanaf 1995 t/m 2003

Op 30 november 1999 is een ten opzichte van het eerdere wetsvoorstel 24 150 aanzienlijk minder ingrijpend wetsvoorstel 26 932 bij de Tweede Kamer ingediend, strekkende

27 Kamerstukken II 1994/1995 24 150, nr. 1 en 2.
28 Kamerstukken II 1994/1995, nr. 3 (MvT), p. 7 e.v.
29 Kamerstukken II 1995/1996, 24 150, nr. 4.
30 Kamerstukken II 1997/1998, 24 150, nr. 13 (Verslag van een wetgevingsoverleg van 15 december 1997).
31 Kamerstukken II 1998/1999, 24 150, nr. 14.

tot wijziging van het huurrecht bedrijfsruimte. Tezamen met het reeds op 2 juli 1998 ingediende wetsvoorstel 26 089 terzake de vernieuwde algemene bepalingen en het nieuwe huurrecht woonruimte, zouden beide wetsvoorstellen geïntegreerd in titel 7.4 van het Burgerlijk Wetboek een nieuwe plaats vinden. De opzet was bescheiden: de huurwetgeving moest duidelijker en compacter worden. Wel zijn enkele onderwerpen uit het eerdere wetsvoorstel 24 150 teruggekeerd: het semi-dwingend recht, de strikte scheiding tussen termijn- en opzeggingsbescherming, de onderhuurregeling en de ontvankelijkheidseis bij nadere huurprijsvaststelling. De verwachting was dat het nieuwe wetsvoorstel van alle maatschappelijk onaanvaardbare elementen was ontdaan en dat het derhalve spoedig als wet kon worden aangenomen.

Het is evenwel anders gelopen dan menigeen verwachtte. Na drie jaar debat over met name de politiek gevoelige punten als de onderhuur en zelfwerkzaamheid op het gebied van het huurrecht van woonruimte heeft de Eerste Kamer uiteindelijk op 19 november 2002 drie wetsvoorstellen aanvaard: resp. met betrekking tot huur (met nummer 26 089, Stb. 2002, 587), bedrijfsruimte (nummer 26 932, Stb. 2002, 588) en de Uitvoeringswet huurprijzen (nummer 26 090, Stb. 2002, 589). Het op dat moment aanhangige wetsvoorstel dat betrekking had op de Invoeringswet (nr. 28.064) werd toen aangehouden.

Omtrent de datum van inwerkingtreding bestond op dat moment dan ook onzekerheid. Aanleiding voor deze vertraging waren met name de bezwaren die de Eerste Kamer maakte tegen een aantal onderdelen van de wetsvoorstellen, namelijk aangaande de artikelen 7:215 OBW (zelfwerkzaamheid door de huurder) en 7:244 OBW (onderhuur zelfstandige woonruimte). Tevens diende een technische verbetering te worden doorgevoerd in de wettekst van art. 300 lid 2 OBW. Aan deze twee bezwaren resp. het belang art. 300 lid 2 wettechnisch te verbeteren werd na 19 november 2002 door middel van een 'novelle' tegemoet gekomen. Dit reparatiewetsvoorstel (met nr. 28 721) heeft met grote snelheid het wetgevingstraject afgelegd en is uiteindelijk op 20 mei 2003 door de Eerste Kamer als Wet aanvaard (Stb. 2003, 219). Op diezelfde dag is tevens de Invoeringswet (wetsvoorstel 28.064; Stb. 2003, 218) als wet aangenomen.

Bij Koninklijk Besluit d.d. 22 mei 2003 (Stb. 2003, 230) is uiteindelijk de ingangsdatum bepaald op 1 augustus 2003. Daarmee is een einde gekomen aan een langdurig wetgevingsproces (een van de laatste stappen in het wetgevingstraject van het Nieuw Burgerlijk Wetboek) dat welbeschouwd reeds in 1995 was begonnen.[32] De praktijk vanaf 1 augustus 2003 zal moeten uitwijzen op welke wijze de nieuwe huurwetgeving maatschappelijk wordt toegepast. Anno juni 2004 is de jurisprudentie evenwel nog schaars te noemen.

32 Maar het kan nog erger. Nadat bij wet van 11 september 1969 (Stb. 392) het nieuwe erfrecht was vastgesteld heeft het ruim 33 jaar en vele wijzigingen geduurd voordat het (per 1 januari 2003) in werking trad.

De lessen uit het verleden
Van 1981 tot 2003 is sprake geweest van een betrekkelijk stabiele periode waarbij het huurrecht van bedrijfsruimte een werkbare balans beoogde te vormen tussen de eigenaar-verhuurder van het pand enerzijds en de huurder ervan anderzijds. Hierbij speelde een uitdrukkelijke rol het aan het einde van de jaren '50 verworven inzicht dat de huurder niet slechts de enkele gebruiker van een pand is, doch tevens en nadrukkelijk ondernemer is en een in het pand gevoerd bedrijf exploiteert. In die rol is de huurder als ondernemer in diens bestaan als deelnemer aan het handelsverkeer afhankelijk van het gebruik van het pand. Dit besef bestond in Nederland aanvankelijk niet omdat men in het Nederlandse rechtssysteem het juridische begrip 'onderneming' niet als zaak erkent, in tegenstelling tot hetgeen in omliggende landen het geval is. De voor de ondernemende huurder noodzakelijke genotszekerheid heeft twee kanten: termijn- en opzeggingsbescherming enerzijds en huurprijsbescherming anderzijds. Op het eerste onderdeel bood de Huurwet van 1950 op zichzelf beschouwd voldoende bescherming voor de huurder-ondernemer. Met name op het tweede onderdeel heeft de wetgever geworsteld met het vinden van een gezonde balans, door in 1971 ook voor wat betreft de huurprijsbescherming de Huurwet buiten werking te stellen en volledige vrije prijsvorming toe te laten. Geschrokken van maatschappelijke ontwikkelingen als huurprijsexplosies die de wetgever kwalificeerde als maatschappelijk onwenselijk, moest dit lek inderhaast worden gedicht, hetgeen in 1981 uiteindelijk is gelukt.
Bij de oordeelsvorming over de ontwikkeling aangaande de wetgeving op het vlak van huurprijsbescherming in de periode tussen 1971 en 1981 speelt de maatschappelijke (on)wenselijkheid een belangrijke rol. In Nederland is reeds in de jaren '50 de politieke keuze gemaakt dat de huurder-ondernemer moet worden beschermd tegen de verhuurder die de huurovereenkomst wil opzeggen of een al te fikse huurverhoging beoogt, met als gevolg dat de onderneming naar een goedkopere locatie zal moeten worden verplaatst, hetgeen voor de ondernemer kosten en verlies aan ter plaatse opgebouwde goodwill oplevert. Deze in de jaren '50 gesponnen politieke rode draad wordt doorgetrokken tot in het nieuwe huurrecht vanaf 1 augustus 2003.

2.3 Opzet en kenmerken van de nieuwe wetgeving

Het nieuwe huurrecht van bedrijfsruimte kenmerkt zich door een sterke vereenvoudiging vanuit wetssystematisch oogpunt. Daar waar het oude huurrecht voor de verschillende stadia van de huurovereenkomst verspreide en daarom onoverzichtelijke opzeggings- en huurprijswijzigingsregelingen kende, zijn deze in het nieuwe huurrecht vervangen door uniforme regelingen. Dit maakt het nieuwe huurrecht van bedrijfsruimte overzichtelijker dan het oude.

2.3.1 Detailhandelsbedrijfsruimte

Semi-dwingend recht
Het semi-dwingendrechtelijke karakter van het huurrecht bedrijfsruimte is nieuw. Het dwingend recht is in het nieuwe huurrecht bedrijfsruimte op slechts enkele onderdelen

gehandhaafd, zoals bij indeplaatsstelling (art. 7:307 BW). Slechts met toestemming van de kantonrechter kan ten nadele van de huurder van semi-dwingend recht worden afgeweken (art. 7:291 lid 2 t/m 4). Dit betekent in beginsel een formele verruiming (waaraan evenwel enkele haken en ogen zijn verbonden, zie daarover paragraaf 1.2), terzake waarvan een afwijking daarvan door de kantonrechter nadrukkelijk inhoudelijk wordt getoetst. De kantonrechter kan krachtens art. 7:291 lid 3 BW namelijk slechts zijn toestemming verlenen indien het van de wet afwijkende beding waarvoor toestemming is verzocht, de rechten van de huurder niet wezenlijk aantast, of diens maatschappelijke positie in vergelijking met die van de verhuurder zodanig is dat deze de wettelijke bescherming in redelijkheid niet behoeft (zie daarover paragraaf 7.3).

Indeplaatsstelling
In verband met het voorgaande is nieuw dat slechts bij indeplaatsstelling afwijkingen van (semi-)dwingendrechtelijke bepalingen ten nadele van de huurder met toestemming van de kantonrechter niet meer mogelijk is. Bij indeplaatsstelling geniet de huurder van detailhandelsbedrijfsruimte na 1 augustus 2003 derhalve een niet via de kantonrechter aan te tasten dwingendrechtelijke bescherming, hetgeen de overdracht van zijn bedrijf bevordert, wat de waarde ervan ten goede komt. Een tweede reden voor een betere bescherming van de huurder op dit onderdeel is de verruiming van de mogelijkheid van indeplaatsstelling. Krachtens de nieuwe regeling kan niet alleen aan de huurder doch ook aan een ander het door deze uitgeoefende bedrijf worden overgedragen. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan de franchisenemer en de onderhuurder. Anderzijds dient de verruiming te worden gerelativeerd omdat de kantonrechter een ruime toetsingsmogelijkheid heeft indien deze een vordering tot indeplaatsstelling wordt voorgelegd. De kantonrechter mag namelijk, gelijk als in het oude huurrecht, beslissen 'met inachtneming van de omstandigheden van het geval'.

Reikwijdte
De definitie van detailhandelsbedrijfsruimte blijft in het nieuwe huurrecht ongewijzigd. De oude strekkingsbepaling aangaande gemengde overeenkomsten van artikel 7A:1624 lid 1 BW is geschrapt in verband met de algemene regeling van artikel 6:215 BW (zie paragraaf 4.2). In circulatie is geweest het voorschrift in de slotzin van artikel 7:290 lid 1 BW dat erop neerkomt dat indien een gemengde huurovereenkomst tevens kenmerken bevat van huurkoop, slechts de wettelijke bepalingen van huurkoop van toepassing zijn. In afwachting van de nieuwe wettelijke huurkoopregeling, die langer op zich laat wachten dan de wetgever aanvankelijk voorzag, is deze slotzin geschrapt. Zie over dit laatste onderwerp de paragrafen 3.1.6 en 3.2.

Termijnbescherming
In hoofdlijnen blijft het huurrecht van bedrijfsruimte voor wat betreft de termijnbescherming van vijf plus vijf jaar in een nieuwe overzichtelijke regeling ongewijzigd. De uitzondering hierop voor huurovereenkomsten van maximaal twee jaar blijft ook in het nieuwe huurrecht bestaan. Dit onderwerp wordt in hoofdstuk 4 uitgediept.

Opzegging en beëindiging
Ook de opzeggingsbescherming is geüniformeerd maar blijft inhoudelijk ongewijzigd. Enkele opzeggingsformaliteiten zijn geschrapt. Renovatie is een nieuw element dat aan een opzegging wegens dringend eigen gebruik mede ten grondslag kan liggen. Bij een opzegging tegen het einde van de verlengingsperiode in het kader van de belangenafweging worden in het nieuwe huurrecht de belangen van de bevoegdelijke onderhuurder uitdrukkelijk meegewogen. Nieuw is voorts de tegemoetkoming van de verhuurder in de verhuis- en inrichtingkosten in alle beëindigingsgevallen, terwijl dit in het oude huurrecht slechts mogelijk was bij beëindiging na opzegging wegens dringend eigen gebruik. Ten slotte ontbreekt in het nieuwe huurrecht bedrijfsruimte de verplichting van de kantonrechter de huurder nog een laatste kans te geven een redelijk aanbod voor een nieuwe huurovereenkomst te aanvaarden, vooraleer deze de beëindiging toewijst wegens het eerdere weigeren van de huurder dit aanbod te aanvaarden. Er is nog slechts sprake van een bevoegdheid waarop de huurder een uitdrukkelijk beroep moet doen.

Nadere huurprijsvaststelling
De mogelijkheid van nadere huurprijsvaststelling keert terug in sterk vereenvoudigde vorm. De nieuwe regeling is voor wat betreft het inhoudelijke toetsingskader ongewijzigd, maar bevat op andere punten enkele nieuwe onderdelen. Vooropstaat dat in het nieuwe huurrecht nadere huurprijsvaststelling volledig is losgekoppeld van opzegging en beëindiging. Bij nadere huurprijsvaststelling is vervolgens nieuw het vereiste van het voorafgaande deskundigenadvies. Indien een procedure strekkende tot nadere huurprijsvaststelling wordt gestart zonder dat op het moment waarop de dagvaarding aan de gedaagde wordt betekend een makelaarsrapport bestaat waarin een advies over de nader vast te stellen huurprijs wordt verstrekt, is de eisende partij niet ontvankelijk. Nieuw is voorts het wettelijk voorschrift dat op vordering van een der partijen de ingangsdatum (dat is de dag waarop de dagvaarding is uitgebracht) van de nader vast te stellen huurprijs op grond van bijzondere omstandigheden kan worden gewijzigd, zowel in voorwaartse als in achterwaartse zin. Bovendien is nieuw de ingroeihuur: bij het vaststellen van de nadere huurprijs vanaf een bepaalde datum kan de kantonrechter bepalen dat de nieuwe huurprijs geleidelijk wordt ingevoerd, met een maximum van vijf treden per jaar. Ten slotte is nieuw de mogelijkheid van de verhuurder de kosten van de verbeteringen die het gevolg zijn van een gemeentelijke aanschrijving, door te berekenen in een hogere huur. Dit kan ook buiten de reguliere nadere huurprijsvaststellingsmogelijkheden om gebeuren. Nieuw is bovendien dat deze als laatste vermelde regeling niet alleen voor detailhandelsbedrijfsruimte geldt, doch ook voor de categorie 'overige bedrijfsruimte'.

Onderhuur
De positie van de onderhuurder is in het nieuwe huurrecht verslechterd. Het nieuwe huurrecht stelt namelijk expliciet dat in het geval van beëindiging na opzegging (ook) de onderhuurovereenkomst eindigt. Bovendien is de onderverhuurder slechts in een enkel geval jegens de onderhuurder schadeplichtig, namelijk slechts indien deze kan

aantonen dat de hoofdverhuurder hem bij aanvang van de onderhuurovereenkomst onvolledig of onjuist heeft voorgelicht omtrent de looptijd van de hoofdhuurovereenkomst of in het kader van diens verweer tegen de huuropzegging niet voor de belangen van de onderhuurder heeft gewaakt.

2.3.2 Overige bedrijfsruimte

De Huurwet wordt ingetrokken
De aloude Huurwet uit 1950 is per 1 augustus 2003 ingetrokken. De overige bedrijfsruimte die geregeld was in Hoofdstuk VIA van de Huurwet heeft in artikel 7:230A BW per die datum een nieuwe plaats gekregen in het Burgerlijk Wetboek. Deze nieuwe plaats mag dan een wetssystematische grondslag hebben, maar is welbeschouwd vanuit praktisch oogpunt niet eenvoudig te begrijpen, Voor een nadere uiteenzetting hierover verwijs ik naar paragraaf 13.1.

Reikwijdte en definitie
In het verlengde van de niet-gewijzigde definitie van detailhandelsbedrijfsruimte (art. 7:290 BW) blijft logischerwijs ook voor de overige (geliberaliseerde) bedrijfsruimte als restcategorie de definitie en daarmee de reikwijdte ongewijzigd. Als gevolg van het intrekken van de Huurwet wordt de reikwijdte van artikel 7:230A BW evenwel uiteindelijk ruimer omdat daaronder niet alleen de geliberaliseerde bedrijfsruimten (vallend onder de vigeur van Hoofdstuk VIA van de Huurwet) komen te ressorteren, doch ook de niet-geliberaliseerde bedrijfsruimten, zoals garageboxen en hobbyruimten, waarvan de huurprijs voorafgaand aan 30 juni 1971 maximaal *f* 100,– per maand bedroeg.[33] Deze als laatste vermelde niet-geliberaliseerde (kleine) restcategorie uit de Huurwet viel onder de vigeur van de Huurwet, met uitzondering van Hoofdstuk VIA. Deze categorie genoot onder de Huurwet een sterke huur- en huurprijsbescherming, vergelijkbaar met die van het huurrecht van woonruimte. In het nieuwe huurrecht gaat deze categorie huurders, hoe gering in omvang ook, er sterk op achteruit. Huurbescherming en huurprijsbescherming zijn per 1 augustus 2003 komen te vervallen; hen rest nog slechts de zwakke ontruimingsbescherming. Krachtens artikel 7:230A lid 9 BW kan van artikel 7:230A BW *niet ten nadele van de huurder* worden afgeweken. Deze bepaling wijkt af van het oude artikel 29 Hw, op grond waarvan élke afwijking onmogelijk was.[34]

Beëindiging
De aloude ontruimingsbescherming blijft onverkort gehandhaafd. Deze geldt in het nieuwe huurrecht niet alleen voor geliberaliseerde, doch tevens voor niet-geliberaliseerde bedrijfsruimte.

---

33 M. F. A. Evers, 'Van 1624- naar 290-bedrijfsruimte?!', *WR* 2000, nr. 3, p. 57 e.v.
34 Tj. Zuidema, 'Invoeringswet titel 7.4 (Huur) van het Burgerlijk Wetboek en de Uitvoeringswet Huurprijzen', *WR* 2002, nr. 1, p. 1.

3 Een rechtsvergelijkende oriëntatie

3.1 De hoofdlijnen van het huurrecht in België

Inleiding
In België bevindt de wettelijke commune huurregeling en de regeling aangaande woonruimte zich in het Burgerlijk Wetboek terwijl het specifieke huurrecht bedrijfsruimte in de Handelshuurwet is opgenomen.[1] Huur is in het BW gesitueerd naast de andere bijzondere overeenkomsten als koop, bewaargeving, dading, aanneming en lastgeving. Voor een goed begrip van het Belgische huurrecht is van belang dat naast het BW tevens decreten en ordonnanties als rechtsbron gelden, die resp. door de Vlaamse Raad, de Franse Gemeenschapsraad, de Waalse Gewestraad, de Duitstalige gemeenschapsraad en de Brusselse Hoofstedelijke Raad worden vastgesteld. Decreten en ordonnanties hebben kracht van wet en zijn als federale wetten aan te merken.[2]

Wetshistorie
De Code Civil heeft een grote invloed gehad en is in verscheidene gebieden als vigerend wetboek ingevoerd, met name in die welke onder de heerschappij van de Fransen stonden of daaronder zijn geraakt. In 1797 waren de Oostenrijkse Nederlanden al bij Frankrijk ingelijfd, zodat zij in 1804 automatisch onder de vigeur van de Code Civil kwamen. Hierin kwam geen verandering toen zij in 1815 bij de Noordelijke Nederlanden werden gevoegd en evenmin toen zij zich in 1830 afscheidden en sinds 1839 als het zelfstandige koninkrijk België voortbestonden.[3] Tot op de dag van vandaag geldt in België de Code Civil. In Nederland heeft de Code Civil gegolden van 1811 tot 1838, tot het moment waarop het Burgerlijk Wetboek in werking trad. Gesteld kan worden dat de basis voor zowel het Belgische als het Nederlandse burgerlijk recht zeer sterk op de leest van de Code Civil is geschoeid. In beide landen heeft de tekst van dit wetboek echter wel tot (geheel) verschillende interpretaties aanleiding gegeven.

1 Cass. 11 maart 1955, *Arr. Cass*. 1955, 595, *Pas*. 1955, I, 185 en *R.W.* 1955-1956, 185; Cass. 23 april 1953, *Arr. Cass*. 575.

2 Zie voor een algemene beschouwing voor de inbedding van het huurrecht in de structuur van het Belgische Burgerlijk Wetboek de navolgende naslagwerken: R. Dekkers, *Handboek van het burgerlijk recht* (deel 1), 1971 alsook: R. Dillemans en W. van Gerven, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, (Algemeen deel), 1987.

3 Zie o.m. J. H. A. Lokin & W. J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Deventer: Kluwer, 2001.

In de kringen van de detailhandel werd rond 1930 aangedrongen op een bevredigende wettelijke bescherming van de 'handelseigendom'. Vanuit deze achtergrond werd daartoe in 1946 bij de Kamer van Volksvertegenwoordiging een wetsontwerp ingediend.[4] Het wetsontwerp beoogde de stabiliteit van de handelszaak te verzekeren op basis van twee grondbeginselen: de minimumduur van de huurovereenkomst en het recht van de huurder op hernieuwing.[5] Verder beoogde het ontwerp (1) de huurprijs te herzien bij het verstrijken van elke periode van drie jaar teneinde de gehuurde objecten aan vereisten van nijverheid of handel aan te passen, (2) de weigeringsgronden van hernieuwing te reglementeren en (3) het recht van de huurder op financiële vergoedingen bij beëindiging veilig te stellen.[6] Bovendien bestond het plan om in de wet niet alleen de 'verhuring' te regelen, maar ook een algemene regeling betreffende de handelszaak, waaronder de verkoop, de inpandgeving en het handelsregister.[7] Kenmerkend was de verregaande bescherming van de huurder tegen de verhuurder. In de loop van de goedkeuringsprocedure van deze wet werden aanzienlijke wijzigingen aangebracht. Het ontwerp regelde uiteindelijk nog slechts de verhuring van kleinhandelsobjecten (detailhandel), met uitzondering van de groothandel en nijverheid. De bescherming van de huurder was minder verstrekkend dan aanvankelijk beoogd.[8] Uiteindelijk werd er niet meer een afzonderlijke wet uitgevaardigd tot bescherming van de handelszaak, maar werden de nieuwe wetgevende maatregelen ingebed in het BW, als een eenvoudige wijziging en aanvulling van hoofdstuk 2, titel VIII van boek 3. Aldus stamt de eerste Belgische handelshuurwetgeving uit 1951. De totstandkoming van de wet van 30 april 1951 was de resultante van langdurig debat, waarbij de algemene waarden en belangen van betrokkenen tegen elkaar moesten worden afgewogen. Het politieke debat en de moeilijkheid daarin een balans te vinden, was soortgelijk aan dat in Nederland. Vanuit deze politieke achtergrond werd na de gebruikelijke behandeling van het wetsontwerp op 30 april 1951 het ontwerp goedgekeurd met 111 stemmen tegen 3, en 28. Op 10 mei 1951 werd de wet afgekondigd in het Staatsblad. In de maanden en jaren daaropvolgend werden al snel verschillende wijzigingen aangebracht. Ingrijpend was de wijziging door de wet van 29 juni 1955. Deze was noodzakelijk naar aanleiding van de vraag of de wetgeving al dan niet ingeroepen kon worden voor een belangrijke categorie van verhuringen. Het betrof hier de zogenoemde brouwerijcontracten, waarbij de handelszaak niet aan de hoofdhuurder toebehoort. Het Hof van Cassatie[9] oordeelde in 1953 dat de wet niet toepasselijk was op de verhuring van een onroerend goed aan iemand die geen rechten op de handelszaak kon laten gelden.[10] Deze situatie had de wetgever aanvankelijk niet beoogd. Zij had uiteraard beseft dat de eerdere wet van 30 april 1951 verre van volmaakt was, maar prefereerde een

4 *Parlem Besch Kamer*, 946-47, nr 27.
5 J. Humblet, Handelingen 19 november 1947, *Parl. Besch.*, kamer, 1947-48, nr. 20.
6 A. Pauwels, *Handelshuur* (losbl.), Larcier, Brussel, 1971, 2e druk, p. 23.
7 Pauwels, p. 24.
8 Pauwels, p. 25.
9 Arrest 30 april 1953, Arr. Verbr. 699.
10 Pauwels, p. 25.

enigszins onvolmaakte wet dan een ontbrekende wet aangaande handelshuur. Rechtspraak en rechtsleer zouden corrigeren waar nodig was. Nu het Hof van Cassatie een pijnlijke zenuw blootlegde was nieuwe wetgeving noodzakelijk. Deze kwam dan ook enkele jaren daarna. Door de wet van 29 juni 1955 werden enkele diepgaande wijzigingen ingevoerd. In verband met het probleem van de brouwerijcontracten werd huurhernieuwing mogelijk gemaakt voor de onderhuurder wiens hoofdhuurder geen hernieuwing kon krijgen, omdat hij geen rechten op de handelszaak kon laten gelden. Men had echter ook kritiek op deze wetgeving. Met name haar streng en soms overdreven formalisme, nietigheidsancties, uitsluitingen en verval van rechten bij het niet nauwkeurig naleven van vormen en termijnen, leverden discussie op. In de rechtspraak en de rechtsleer was echter een tendens waarneembaar deze nietigheden als betrekkelijk te beschouwen en aldus de striktheid ervan af te zwakken. De wetgever hanteerde ook in 1955 echter het motto: beter een onvolmaakte wet dan in het geheel geen wet.[11]

De wet van 27 maart 1970 wijzigde het eerste lid van artikel 13 van de wet van 30 april 1951. Deze wijziging bracht het aantal huurhernieuwingsmogelijkheden van twee op drie.[12] Daarmee kreeg de huurder het recht op een minimumperiode van ten minste negen jaar, eventueel drie maal te hernieuwen voor telkens negen jaar. Huurders kregen bovendien het recht het object aan te passen aan de 'uitbuiting van hun handel' en mochten daartoe dus 'nuttige werken' uitvoeren. Huurders kregen voorts het recht de handelszaak te gelde te maken door deze in onderhuur te geven. Ook kwam hen een goodwillvergoeding toe bij ontruiming na een niet succesvolle hernieuwingspoging.[13]

Het wettelijk handelshuurrecht in België is na langdurig debat gedeeltelijk herzien en wel in 1997. Deze wijzigingsoperatie was noodzakelijk omdat na een eerdere wetswijziging (in 1991) bleek dat de hernieuwde huurregelgeving zodanig fijnmazig was opgetuigd dat de praktische uitvoerbaarheid tot grote problemen leidde en tevens tegenstrijdige rechtspraak en tegenstrijdige interpretaties in de vakliteratuur tot gevolg had. In 1995 werd door de Minister van Justitie een Evaluatiecommissie opgericht waarin wetenschappers, advocaten, notarissen, rechters, vertegenwoordigers van verhuurdersverenigingen en huurdersbonden zitting namen. Deze commissie kwam tot een grotendeels eensluidend advies hetgeen in 1997 resulteerde in nieuwe wetgeving, die qua opzet overzichtelijk en praktisch uitvoerbaar beoogde te zijn, maar inhoudelijk veel oude regelgeving bevatte.

In het Burgerlijk Wetboek valt de huurregelgeving aangaande algemene bepalingen samen met die voor de categorie niet huur(prijs)bescherming toekomende objecten en is opgenomen in titel VIII van het BW (artt. 1714 t/m 1762bis: *Algemene bepalingen betreffende de huur van onroerende goederen*). Deze regeling heeft betrekking op datgene

11 Pauwels, p. 28.
12 Staatsblad 11 april 1970.
13 Pauwels, p. 27.

wat in Nederland de categorie 'overige bedrijfsruimte' (art. 7:230A BW) wordt genoemd, alsook tweede woningen. Titel VIII is van aanvullend recht. Daarnaast bestaan er drie bijzondere stelsels van overwegend dwingendrechtelijke aard: met betrekking tot woningen ('hoofdverblijfplaats'), de categorie die in Nederland wordt aangeduid als detailhandelsbedrijfsruimte ('handelshuur') en pacht. Vanuit de context van dit boek is vooral van belang dat het Belgische huurrecht handelshuur van overwegend dwingendrechtelijke aard is en dat de categorie 'overige bedrijfsruimte' een volledig aanvullend karakter heeft.

De algemene bepalingen
Huur in België wordt gedefinieerd in art. 1709 BW:

> De huur is de overeenkomst waarbij de verhuurder er zich toe verbindt aan de huurder het gebruik en het genot van een zaak te verstrekken gedurende een zekere tijd en tegen betaling van een prijs.

Voor de huur en verhuur van commercieel vastgoed onderscheidt het Belgische huurrecht de algemene bepalingen, die gedeeltelijk van aanvullend recht zijn (artt. 1714 t/m 1762 bis BW) van de specifieke dwingendrechtelijke bepalingen voor de handelshuur, zoals vastgelegd in de Handelshuurwet.[14] De algemene bepalingen vormen de eerste afdeling van de algemene huurtitel en draagt de treffende naam 'Algemene bepalingen betreffende de huur van onroerende goederen'. Het betreft hier het samenstel van bepalingen die betrekking hebben op alle onroerende verhuringen voorzover er geen daarvan afwijkende speciales staan in de drie bijzondere reglementeringen: woonruimte ('hoofdverblijfplaats') detailhandelsbedrijfsruimte ('handelshuur') en pacht. We zien hier de gelaagde structuur van het Nederlandse huurrecht terug. Onder het Belgische gemene huurrecht vallen alle huurovereenkomsten die niet geregeld zijn in de bijzondere stelsels met betrekking tot de vermelde drie hoofdcategorieën. De restcategorie bestaat voornamelijk uit de burelen, het tweede verblijf (vakantiewoningen), opslagplaatsen, ateliers, schuren, fabrieken en industriële lokalen. Deze restcategorie wordt dus beheerst door het gemene huurrecht.

In België bestaan de verplichtingen van de verhuurder uit:
1. Het ter beschikking stellen van de zaak ('in goede staat'), waaronder meer specifiek wordt verstaan dat de zaak aan de elementaire vereisten van veiligheid, gezondheid en bewoonbaarheid voldoet. Deze wettelijke verplichting, verankerd in de artt. 1719 1° en 1720 BW is van dwingend recht.

14 Voor een uitvoerige beschouwing over de algemene bepalingen van het huurrecht in België, met tal van nuttige verwijzingen naar relevante jurisprudentie zie: M. La Haye en J. Vankerckhove, (onder red. van Vankerckhove), *Le louage de choses, les beaux en général*, 2e druk, Brussel, 2000, p. 412 e.v.

2. Het verrichten van onderhoud van de zaak, zoals het doen van de nodige herstellingen (art. 1719, 2°, art. 1720 BW), zoals die aan het dak, de muren, goten, schoorstenen, vloeren, ramen e.d. Voor de huurder bestaat een kikplicht voor noodzakelijk herstel. Deze wettelijke verplichting is geheel van aanvullend recht.
3. Het waarborgen van het rustig genot van de zaak (artt. 1721 t/m 1727 BW). Het betreft hier een drievoudige vrijwaringsplicht. Voorop staat dat hij op grond van art. 1721 BW moet instaan voor – de afwezigheid van – verborgen gebreken. Voorts dient de verhuurder zich te onthouden van het (zélf) verstoren van het rustig genot (artt. 1723 en 1724 BW) zoals het vestigen van een erfdienstbaarheid op het gehuurde. Daarnaast heeft de verhuurder een vrijwaringsplicht voor rechtsstoornis door derden, op straffe van de mogelijkheid tot huurvermindering en huurontbinding met schadevergoeding (voor feitelijke stoornis behoeft de verhuurder niet in te staan.); vastgelegd in de artt. 1725 t/m 1727 BW. Daarnaast mag de verhuurder niet de vorm veranderen zonder toestemming van de huurder. Alleen voor dringend noodzakelijk herstel of ten behoeve van het opnieuw verhuren aan een derde mag de verhuurder het pand binnentreden.
4. Het terugbetalen van de waarborgsom (maximaal drie huurtermijnen) aan het einde van de huur.

In België bestaan krachtens de artt. 1728 t/m 1731 BW de hoofdverplichtingen van de huurder uit:

1. Het gebruik als goed huisvader conform de normale bestemming ervan (de artt. 1728 en 1729 BW). Hieronder valt tevens de verplichting van de huurder in te staan voor kleine herstellingen (art. 1754 BW). Voorts valt hieronder dat het object in beginsel mag worden onderverhuurd tenzij dat contractueel is uitgesloten. Ook bij onderverhuur van een hoofdverblijfplaats geldt een beperking: dit is alleen toegestaan voor een gedeelte van de woning en de hoofdhuurder moet er zijn hoofdverblijfplaats blijven houden. Onderverhuur van een woning die niet de hoofdverblijfplaats is van de huurder mag niet aan iemand worden onderverhuurd die er wél zijn hoofdverblijfplaats gaat houden (art. 1717 lid 2 BW).
2. Het object voorzien van voldoende huisraad (art. 1752 BW), welke verplichting verband houdt met het voorrecht van de verhuurder op het meubilair bij achterstallige huurpenningen. Deze verplichting houdt derhalve een (extra) waarborg in.
3. Betaling van de huurprijs, zoals in de huurovereenkomst is geregeld. Jaarlijkse indexering geschiedt van rechtswege, (tenzij dit contractueel is uitgesloten) maar moet uitdrukkelijk tijdig worden aangezegd. Telkens na drie jaar is een nadere huurprijsvaststelling mogelijk (opwaarts of neerwaarts) naar aanleiding van verkrotting van de buurt, algemene prijsstijgingen van onroerende zaken, door de verhuurder aangebrachte verbeteringen e.d. Toetssteen is de billijkheid (art. 1762 bis BW).
4. Teruggave van het object 'in goede staat' aan het einde van de huur, dat wil zeggen: volledige ontruiming. Zowel verhuurder als huurder kunnen een maand na aanvang van de huur vorderen dat een beschrijving van het gehuurde wordt

opgemaakt door een onafhankelijk deskundige, waarbij de kosten daarvan door verhuurder en huurder worden gedeeld. (art. 1731 BW). Indien geen beschrijving is opgemaakt wordt vermoed dat de huurder het object heeft betrokken in de staat waarin het zich aan het einde van de huur bevindt. De verhuurder kan tegenbewijs leveren (art. 1731 BW). In geval van brand rust een vermoeden van aansprakelijkheid op de huurder. Slechts indien deze kan bewijzen dat deze door een externe omstandigheid is veroorzaakt, ontkomt deze aan aansprakelijkheid (art. 1733 BW).

Aangaande het einde van de huur wordt onderscheid gemaakt tussen huurovereenkomsten voor bepaalde en voor onbepaalde duur. Bij de eerste variant eindigt de huur in beginsel door het verstrijken van de overeengekomen duur (art. 1737 BW). Opzegging door de verhuurder is in dat geval niet noodzakelijk (art. 1737 BW). Blijft de huurder na ommekomst van de huurperiode in het gehuurde, ontstaat stilzwijgend een nieuwe huurovereenkomst voor dezelfde duur (art. 1738 BW). In het geval van een huurovereenkomst voor onbepaalde duur is opzegging noodzakelijk. De opzegtermijnen kunnen vrijelijk overeengekomen worden. Ingeval sprake is van een mondelinge overeenkomst geldt een opzegtermijn conform het plaatselijk gebruik, die bij de griffie van het plaatselijk vredegerecht kan worden opgevraagd. Huurovereenkomsten kunnen ook in België tot een einde geraken door 'wederzijds akkoord', ontbinding wegens niet nakoming en door tenietgaan van het object (art. 1741 BW). De huurovereenkomst eindigt niet door verkoop van het object of door de dood van één der contractspartijen.

3.2 Handelshuur

Kwalificatie
Zoals eerder is aangeduid wordt het toepassingsbereik van de handelshuurwet bepaald door de artt. 1 en 2 van titel VIII BW met als ratio de bescherming van locatiegebonden investeringen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt ook duidelijk dat aan de handelshuurwet het principe van de stabiliteit van de kleinhandelszaak ten grondslag ligt[15] en dat aan de handeldrijvende huurder waarborgen van duur en initiatief dienen te worden verschaft.[16] De waarde van de locatiegebonden onderneming (de goodwill) wordt dus ook in België als een realiteit beschouwd die huurrechtelijk dient te worden beschermd,[17] welke bescherming wordt begrensd door de belangen van de eigenaar/verhuurder.[18] Daarin ligt volgens de Belgische wetgever ook het verschil met de groothandel voor welk type onderneming de ligging van minder belang is.[19] Artikel 1 van de Handelshuurwet luidt als volgt:

15 *Parlem. Besch. Kamer*, 1946-1947, nr. 27.
16 *Parlem. Besch. Kamer,* 1947-1948, nr. 20.
17 Pauwels, p. 24.
18 Verslag Lohest, 19 mei 1949, *Parlem. Besch., Senaat,* 1948-1949, nr.384, p. 2-3 en *Parlem. Hand., Kamer*, 1950-1951, 20 januari 1951.
19 Pauwels, p. 32-33.

> De bepalingen van deze afdelingen zijn van toepassing op de huur van onroerende goederen of gedeelten van onroerende goederen die, hetzij uitdrukkelijk of stilzwijgend vanaf de ingenottreding van de huurder, hetzij krachtens een uitdrukkelijke overeenkomst van partijen in de loop van de huur, door de huurder of door een onderhuurder in hoofdzaak gebruikt worden voor het uitoefenen van een kleinhandel of voor het bedrijf van een ambachtsman die rechtstreeks in contact staat met het publiek.

De in art. 1 van de Handelshuurwet vastgelegde criteria[20] zijn dus de navolgende:
1. er dient sprake te zijn van een huurovereenkomst;
2. het voorwerp van de overeenkomst dient onroerend goed of een gedeelte van onroerend goed te zijn;
3. het onroerend goed dient te worden gebruikt tot het uitoefenen van een kleinhandel of voor het bedrijf van een ambachtsman die rechtstreeks in contact staat met het publiek;
4. het onroerend goed dient in hoofdzaak daartoe bestemd te zijn;
5. en wel op een uitdrukkelijke of stilzwijgende wijze bij de ingenottreding ofwel bij uitdrukkelijke overeenkomst in de loop van de verhuring.

Artikel 2 van de Handelshuurwet[21] bevat vijf soorten handelshuur die buiten de toepassing van de wet vallen.

Kleinhandel
In de Handelshuurwet ontbreekt een definitie van kleinhandel. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het daarbij gaat om de verkoop van kleine hoeveelheden die plaatsvindt in het gehuurde goed en aangekocht worden door de verbruiker. Kleinhandel veronderstelt het voortdurend en rechtstreeks contact tussen de cliëntèle en de handelaar in het gebouw zelf dat door de handelaar in huur wordt genomen.[22] Volgens

---

20 Pauwels, p. 29; A. Pauwels en P. Massart, *Bestendig handboek huishuur en handelshuur*, Brussel: De nieuwe uitgeverij Excelsior B.V.B.A, 1998, C-II-1-1.

21 Art. 2 Handelshuurwet luidt: 'De bepalingen van deze afdeling zijn evenwel niet van toepassing:
- 1° Op de huur die, wegens die aard of de bestemming van het goed of volgens de gebruiken, normaal wordt toegestaan voor minder dan een jaar;
- 2° Op de huur van onroerende goederen of gedeelten van onroerende goederen die van de grondbelasting zijn ontslagen of vrijgesteld krachtens artikel 4, § 2 van de wet van 7 maart 1924, gewijzigd bij artikel 2 van de wet van 13 juli 1930;
- 3° Op de huur toegestaan door voorlopige bewindvoerders over andermans goederen;
- 4° (Op de huur van onroerende goederen met een gering inkomen, dat niet hoger is dan het bedrag bepaald bij een in de Ministerraad overlegd koninklijk besluit, noch op de huur van gedeelten van zodanige onroerende goederen. Dat besluit zal, met betrekking tot de vaststelling van de beoordelingsbevoegdheid van de rechter en van de bewijsmiddelen die hij zal mogen toelaten, de bepalingen van artikel 36 der wet van 20 december 1950 kunnen toepassen);
- 5° (Op de huur van onroerende goederen, ten algemenen nutte onteigend of verkregen, die wordt toegestaan door het openbaar bestuur of door de instelling van openbaar nut.)'

de rechtspraak is kleinhandel de onderneming waarbij de handelaar zijn waar rechtstreeks aan het publiek afzet. Het publiek is de komende en gaande man die waren koopt voor persoonlijk gebruik.[23] Aldus kan men met Pauwels concluderen dat kleinhandel de handel is die hoofdzakelijk bestemd is tot de gewone verkoop bij kleine hoeveelheden dan wel het leveren van prestaties; aan de private cliënten voor hun eigen gebruik; in de daartoe ingerichte lokalen.[24]

Het bedrijf van de ambachtsman
Een ambachtsman is een natuurlijk persoon die gewoonlijk, hetzij als hoofdberoep, hetzij als bijberoep, krachtens een contract van huur van diensten, hoofdzakelijk materiële arbeidsprestaties levert voorzover daarmede geen levering van waren of slechts toevallige levering van waren gepaard gaat.[25] De ambachtsnijverheid dient van dien aard te zijn dat zij, als voornaamste bestemming van de gehuurde bedrijfsruimte, de klanten normaal brengt tot een regelmatig bezoek aan deze bedrijfsruimte en tot regelmatig contact met de ambachtsman in deze bedrijfsruimte.[26]

Rechtstreeks contact met het publiek
Voor de toepasselijkheid van de Handelshuurwet op zowel de kleinhandel als op het bedrijf van de ambachtsman is vereist dat er rechtstreeks contact is met het publiek. Zo oordeelde de vrederechter te Namen in 1993:

> Door het criterium van het rechtstreekse contact met het publiek behoud de wet haar bescherming voor aan hen waarvan het cliënteel aan de plaats van de handelszaak is verbonden. Het regelmatige contact van het cliënteel met de handelaar in het pand eindigt in het verbinden van dit cliënteel aan het pand waardoor een commerciële meerwaarde wordt bevestigd die het gevolg is van de arbeid van de handelaar. De wet weigert haar bescherming indien de uitoefening van de handelszaak niet, of nauwelijks, afhangt van de geografische ligging, indien het cliënteel is aangetrokken door de regelmatige publiciteit of door de kwaliteit van de geleverde diensten (…).[27]

Ook in België wordt dus vanuit wetssystematisch oogpunt uitgegaan van detailhandelsbedrijfsruimte (de kleinhandel en het ambachtsbedrijf) als hoofdcategorie, wettelijk verankerd in de artt. 1 t/m 33 van de Wet van 10 mei 1951 (de Handelshuurwet),

---

22 Verklaring van volksvertegenwoordiger De Gryse, *Parlem. Hand., Kamer*, 1950-1951, 10 januari 1951, p. 6.
23 Cass 22 februari 1980, *Arr. Cass*. 1979-1980, 753, *Pas*. 1980, I, 757 en *R.W*. 1980-1981, 381; Cass. 2 maart 1989, *Arr. Cass* 1988-1989, 761 en *R.W*. 1989-1990, 512; Rb. Charleroi, 25 november 1961, *J.T*., 1963, 29.
24 Pauwels, p. 32.; *Parlem. Besch., Senaat*, 1949-1950, nr. 36, p. 4; Rb. Luik, 4 oktober 1962, *J.T*. 1962, 638.
25 De wet van 18 maart 1965 op het ambachtsregister.
26 *Parlem. Besch., Senaat*, 1950-1951, 7 november 1950, p. 561.
27 Vred. Namen (1e kanton.), 7 juni 1991, *J.T*. 1993, 794.

opgenomen in Afdeling 2bis van Hoofdstuk II van Titel VIII van het BW. Een duidelijk verschil tussen België en Nederland is de andere definiëring van de categorie detailhandelsbedrijfsruimte in Nederland. Ingevolge de tekst van art. 7:290 lid 2 BW wordt namelijk, in tegenstelling tot de Belgische evenknie (art. 1 Handelshuurwet) uitdrukkelijk vermeld dat ook het restaurant- of cafébedrijf, de afhaal- en besteldienst en het kampeerterrein onder deze categorie wordt geschaard.[28]

Op de categorie bedrijfsobjecten die buiten de hoofdcategorie vallen zijn slechts de algemene bepalingen van toepassing (artt. 1714 t/m 1762bis BW). De huurders van deze restcategorie ontberen derhalve zelfs de op zichzelf reeds zwakke ontruimingsbescherming zoals deze in Nederland door art. 7:230A BW wordt geboden. Overigens zijn eveneens van de dwingendrechtelijke bescherming van afd. 2bis BW uitgesloten de huurders van detailhandelsbedrijfsruimte die voor een duur korter dan een jaar de huurovereenkomst zijn aangegaan. Bij deze laatste deelcategorie dient men te denken aan tijdelijke verkoopstands,[29] seizoenkiosks[30] e.d.

Ook in België kijkt de rechter bij kwalificatiegeschillen door de formele benaming van de huurovereenkomst heen.[31] Er is in vergelijking met Nederland sprake van een minder volle toetsing (zie paragraaf 6.6.3) omdat in België slechts de ondubbelzinnige partijbedoeling voorop staat.[32] Juist omdat de huurders van de restcategorie van niethandelshuur volledig zijn aangewezen op de algemene bepalingen, op grond waarvan zelfs enige ontruimingsbescherming niet bestaat, is sprake van een niet aflatende stroom kwalificatiejurisprudentie waarbij vele huurders met veel kunst- en vliegwerk in afd. 2bis trachten te belanden.[33] Bij kwalificatiegeschillen in België staat veelal de publieke toegankelijkheid centraal. Het oogmerk daarbij is identiek aan dat in Nederland: 'de noodzaak van geografische inplanting' en de daaraan gekoppelde investeringsbescherming. De al wat oudere rechtspraak kan het ook in Nederland bekende locatieprincipe treffend formuleren:[34]

> De kleinhandel is deze die gevoerd wordt met de verbruiker van de verkochte zaak of dienst – in tegenstelling met de groothandel die gedreven wordt met de voortverkopers. Opdat de wet zou toepasselijk zijn, volstaat het echter niet dat de voornaamste bedrijvigheid van de huurder die van een kleinhandelaar is: het is het gehuurde goed dat hoofdzakelijk moet bestemd zijn tot het drijven van een kleinhandel; bijgevolg

28 Zie artikel 7:290 BW.
29 Vred. Brugge, 3e canton, 17 april 1981. *R.W.*, 1982/83, 376, nt.
30 Cass. 27 september 1963, *Pas.* 1964, I, 96.
31 Vred. Hasselt 15 november 1988, *Limb. Rechtsl.* 1989, 172.
32 Hof van beroep Brussel 7 januari 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 909.
33 E. Cusas, A. Devreux e.a., (onder red. van P. Jadoul), *Le bail commercial*, Brussel, 2000, p. 10 t/m 31 en: A. Pauwels, P. Massart, *Bestendig handboek huishuur en handelshuur* (losbladige editie), Brussel, 1998, C-II-1-13 e.v.
34 Rb. Brussel 5 oktober 1973, S.P.R.L. T.M..c/SNC/V/C/L/ en V.J., n.g.

> heeft een bedrijvigheid van kleinhandel, die in hoofdzaak buiten het gehuurde uitgeoefend wordt, geen belang voor de toepassing van de wet: worden alleen beschermd de plaatsen waar de klanten komen en die aan het onroerend goed een clientèle hechten of, eventueel, een meerwaarde op handelsgebied verzekeren.

De overeenkomst met Nederland is opmerkelijk te noemen.

Naast de bijgebouwen die de detailhandel ten dienste staan,[35] maakt krachtens art. 4 ook de woning ten behoeve van administratie, het onderbrengen van personeel e.d. deel uit van het door afdeling 2bis beschermde object. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat deze uitbreiding ertoe strekt de handelaar met doeltreffendheid te beschermen. Er wordt in België op dit punt geen onderscheid gemaakt tussen een afhankelijke en een niet-afhankelijke woning, hetgeen getuigt van een op dit onderdeel ruimhartige wetgever.[36]

Ook de reflexwerking die wij in Nederland kennen is in België bekend: verhuurders en huurders van niet-kleinhandelshuur kunnen de toepasselijkheid van afd. 2 bis vrijelijk overeenkomen mits dat uitdrukkelijk geschiedt, bijvoorbeeld door het opnemen van de betreffende kernartikelen als clausules in de huurovereenkomst.[37]

Termijnbescherming
Ingevolge artikel 3 van de Handelshuurwet beloopt de minimumduur van de huurovereenkomst negen jaar.[38] Na ommekomst van deze termijn is de huurovereenkomst van rechtswege beëindigd, zonder dat opzegging van de verhuurder vereist is.[39] De ratio van deze huurdersbescherming is bekend: 'De wettelijke duur beschermt de huurder en garandeert hem de stabiliteit van zijn handel.'[40] Elk van deze bepaling afwijkend beding is nietig en (slechts) de huurder kan daarop een beroep doen.[41] Uit de heersende literatuur blijkt dat (ook in België) deze minimumduur ertoe strekt de ondernemer/huurder in staat te stellen investeringen af te schrijven.[42] Na ommekomst van de eerste periode van negen jaar zijn partijen evenwel vrij een aanvullende termijn overeen te komen die korter is dan negen jaar.[43]

---

35 M. La Haye en J. Vankerckhove, (onder red. van Vankerckhove), *Le louage de choses, les beaux en général*, 2e druk, Brussel, 2000, nr. 1529.
36 M. La Haye e.a., *Le louage de choses, les beaux en général,* nr. 1525.
37 Hof van Cassatie 5 februari 1971, *Pas.* I, 521 en Hof van beroep Brussel 7 januari 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 909
38 Langer is uiteraard mogelijk; Hof van beroep Brussel, 24 februari 1970, *Pas.* II, 112.
39 Cass. 7 maart 1979, *Arr. Cass.* 1978/79, 799.
40 Vred. Brussel, 3e kanton, 1 februari 1963, 230.
41 Cass. 14 januari 1965, *J.T.*, 1965, 151, waarop Hof van beroep Doornik 3 februari 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 580 een nuancering aanbrengt in het geval de huurder bij het aangaan van de huur willens en wetens een afwijkende (kortere) termijn stipuleerde.
42 Pauwels, nr. C-III-2-1.
43 Cass. 7 mei 1981, *Arr. Cass.* 1980/81, 1028.

Tussentijdse beëindiging ten behoeve van de huurder
Opmerkelijk is dat krachtens art. 3, 3° BW een huurder binnen de eerste huurperiode van negen jaar telkens na drie jaar, derhalve in elk geval na drie en zes jaar de huurovereenkomst zonder opgave van redenen kan beëindigen, het object kan ontruimen en daarmee afstand kan doen van de hem contractueel toekomende resterende huurperiode. De huurder dient daartoe een opzeggingstermijn van zes maanden in acht te nemen.[44]

Proefperiode
Ook in België kent de wet het fenomeen van de proefperiode. Deze mogelijkheid is niet wettelijk verankerd doch is ontstaan in de jurisprudentie. Het standaardarrest uit 1988 maakt duidelijk dat indien een handelshuurovereenkomst is gesloten

> voor een eerste proefperiode van een jaar, waarbij elke partij de mogelijkheid heeft ze te beëindigen met inachtneming van een opzeggingstermijn van drie maanden, de verhuurder zich niet kan beroepen op de door de wet bepaalde duur wanneer de huurder de huurovereenkomst opzegt.[45]

Hernieuwing van de huurovereenkomst
Krachtens art. 13 en 14 van de Handelshuurwet heeft de huurder het (voorkeurs)recht tot 'hernieuwing' van de huur met telkens een periode van precies 9 jaar,[46] tot een maximum van drie. Daarmee kan de huurder het initiatief nemen de huurovereenkomst tot een totale maximumduur van 27 jaar te verlengen[47] (behoudens opzegging wegens 'dringend eigen gebruik', zie paragraaf 8.17), waarbij materieel sprake is van een voortzetting, onder aangepaste voorwaarden, van de oorspronkelijke huurovereenkomst.[48] Daartoe is uiteraard wel de instemming van de verhuurder vereist.[49] De uitoefening van dit voorkeursrecht dient op grond van art. 14 te geschieden door middel van een aan de verhuurder te betekenen of te verzenden deurwaardersexploit resp. aangetekende brief, die tussen 15 en 18 maanden vóór de ommekomst van elke negenjaartermijn moet zijn uitgegaan. In deze aanzegging moet de huurder op straffe van nietigheid nieuwe huurvoorwaarden voorstellen. Tevens moet daarin worden vermeld dat indien de verhuurder niet binnen drie maanden daarop afwijzend reageert, de huurovereenkomst onder de betreffende voorwaarden geacht wordt te zijn hernieuwd. Indien de verhuurder wél afwijzend reageert moet deze dit ófwel met

---

44 E. Cusas, A. Devreux e.a., (onder red. van P. Jadoul), *Le bail commercial*, Brussel, 2000, p. 52 e.v.
45 Vred. Antwerpen 29 maart 1988, *T. Vred.* 1988, 294.
46 Van een herziening voor een kortere periode kan de huurder de nietigheid inroepen, zie Pauwels e.a., *Bestendig handboek huishuur en handelshuur*, C-III-3-4 en 5.
47 Hof van Cassatie. 21 november 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 351.
48 Hof van Cassatie 7 mei 1981, *R.C.J.B.*, 1983, 526. Ook na 27 jaar zal, indien partijen tot voortzetting besluiten, sprake zijn van een hernieuwde huurovereenkomst, vlg. Hof van Cassatie 21 februari 1991, *Arr. Cass.*, 1990/91, 677.
49 Hof van Cassatie, 1e kamer, 7 mei 1981, *Arr. Cass.*, 1980/81, 1030.

redenen omkleden, ófwel een tegenvoorstel doen, ófwel aangeven welk aanbod een eventuele andere kandidaat-huurder aan deze heeft gedaan. Komen partijen vervolgens niet tot overeenstemming dan zal de huurovereenkomst niet worden hernieuwd en derhalve eindigen.

Hernieuwing en onderhuur
De duur van de hoofdhuurovereenkomst is op grond van art. 3, 2° maximaal de duur van de hoofdhuurovereenkomst en kan derhalve ook minder dan negen jaar zijn.[50] De onderhuurder dient in dat geval ook op zijn beurt een aanzegging tot hernieuwing tot de hoofdhuur en de hoofdverhuurder te richten. Wordt daarop afwijzend gereageerd, hetgeen aannemelijk is, dan moet de onderhuurder binnen 30 dagen beiden in rechte betrekken. Blijft een reactie uit, dan moet deze binnen vier maanden tot dagvaarden overgaan. De onderverhuurder dient vervolgens in rechte de onderhuurovereenkomst (krachtens art. 16 j° art. 25) 'terug te nemen' (de facto: opzeggen) of de hernieuwing afhankelijk stellen van voorwaarden in verband met de hoofdhuurovereenkomst.

Wederinhuur
Ook in België kent men het leerstuk van de wederinhuur (overeenkomstig art. 7:230 BW). Indien na ommekomst van een (eerste) huurperiode de huurovereenkomst niet wordt hernieuwd doch blijft de huurder feitelijk het gebruik (om baat) van het pand behouden, dan komt er na de dag waarop de eerste huurperiode is verstreken van rechtswege een nieuwe huurovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand. Deze kan de verhuurder met inachtneming van een opzeggingsternijn van 18 maanden beëindigen (art. 14, 3°). Vanaf de datum van de opzegging heeft de huurder een gedoogplicht voor bezichtigen van opvolgende huurders (art. 14, 4°).

Huurprijsherziening
De huurprijs van beide categorieën kan telkens na drie jaar worden herzien. Deze herziening kan na het derde en het zesde jaar alleen door de huurder geschieden, waarna huurprijsherziening vervolgens door beide partijen kan worden verzocht. Het verzoek moet worden gericht aan de vrederechter. Er geldt daarbij wel een belangrijke voorwaarde, namelijk dat de normale huurwaarde van het object als gevolg van 'nieuwe omstandigheden' (die blijvend van aard zijn, zoals een toename van de bevolking in de buurt, een betere bereikbaarheid van de wijk, een stijging van de onderhoudskosten e.d.) met ten minste 15% kan worden verhoogd of verlaagd (art. 6). Anders dan bij niet-handelshuur zal bij handelshuur ook na negen jaar nieuwe omstandigheden moeten worden aangetoond. Bij een huurprijsherziening kan, indien partijen onderling niet tot een vergelijk komen een beroep worden gedaan op de vrederechter. Diens oordeel is met name gebaseerd op de huurprijs van gelijksoortige panden in dezelfde wijk, de aard van het bedrijf e.d. Veelal stelt de vrederechter een deskundige aan die een rapport moet uitbrengen.

---

50 Hof van Cassatie 3 februari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 629; overeenkomstig het nemo plus-beginsel.

Onderhuur en indeplaatsstelling
In beginsel kan de huurder in deze categorie geen onderverhuurverbod of indeplaatsstellingsverbod (verbod tot overdracht van huur) worden opgelegd zo deze kan geschieden samen met de overdracht of verhuur van de onderneming ('handelsfonds'), aldus art. 10. Verfraaiingen van het object mogen zonder toestemming van de verhuurder door de huurder worden uitgevoerd mits daartoe voorafgaande toestemming van de vrederechter wordt verstrekt.

Dwingend recht, semi-dwingend recht of regelend recht
Het karakter van de regeling van de Handelshuur in België kent een soortgelijk systeem als het Nederlandse. In het oorspronkelijke wetsontwerp van 20 november 1946 (zie paragraaf 3.4.2), luidde de dwingendrechtelijke hoofdregel in art. 42 van de Handelshuurwet als volgt:

> Zijn nietig en van gener waarde, welke er ook de vorm van weze, de met de beschikkingen van onderhavige wet strijdige bepalingen, alsmede alle overeenkomsten, afgesloten om de toepassing ervan te ontduiken.

Dat is klare taal en de motivering ervan was gelegen in de overweging dat het evident was elke afbreuk aan de wettelijke handelshuurregelgeving ten nadele van de zwakkere huurderspartij zou komen.[51]
Om deze reden was een dwingend karakter van de wet gewenst. Op aandringen van de Senaat heeft de Belgische wetgever echter uitdrukkelijk in een reeks bepalingen van de Handelshuurwet voorgeschreven dat het partijen vrij staat van de wettelijke voorschriften af te wijken.[52] Aldus wordt aan een aantal bepalingen ondubbelzinnig een aanvullend karakter toegekend. Als voorbeeld kan dienen artikel 9 van de wet. Dit artikel bepaalt dat bij het eindigen van de huur, behoudens een andersluidende overeenkomst van de partijen – en daarin ligt het aanvullende karakter – de verhuurder niet de 'verwijdering van de verbouwingswerken' kan vorderen, doch dat deze zich daartegen kan verzetten. De wet legt daarmee het wegneemrecht (zie paragraaf 5.4.8) aan banden en biedt op dit gebied contractsvrijheid aan de partijen. Volgens Pauwels[53] volgt uit het karakter van de wet van 30 april 1951 dat zij een dwingend karakter heeft tenzij anders wettelijk is bepaald. Ongeoorloofde afwijkingen zijn evenwel niet nietig, doch vernietigbáár (betrekkelijke nietigheid). Een met de wet strijdige contractsbepaling blijft geldig totdat de nietigheid ervan wordt ingeroepen door de meest gerede partij. De meest gerede partij is uiteraard de belanghebbende partij ten laste van wie de inbreuk is geschied (doorgaans de huurder) en daarmee is het systeem van de

51 Cass., 10 juni 1954, Pas., I, 859; J.T., 515.
52 Cass. 10 juni 1954, Pas, I, 859, *J.Y.* 515. Zie voor een algemene beschouwing hierover: M. La Haye en J. Vankerckhove, (onder red. van Vankerckhove), *Le louage de choses, les beaux en général*, 2e druk, Brussel, 2000, nr. 1373, 12.
53 Pauwels, p. 210.

Handelshuurwet welbeschouwd overeenkomstig het Nederlandse semi-dwingendrechtelijk systeem.

Zo is, in dit verband bij wijze van voorbeeld, art. 3 van Handelshuurwet een huurovereenkomst voor een duur van minder dan negen jaar ongeldig maar kan slechts de huurder van een dergelijke afwijking de nietigheid inroepen.[54] Op dezelfde voet: artt. 5 (het recht om een verhuisbericht op de winkelruit te bevestigen), 10 lid 1 (indeplaatsstelling), 12 (koop breekt geen huur) en 20 (ontruimingsvergoeding bij huurbeëindiging).[55] Omdat de artt. 6 (huurprijsherziening), 25 lid 8 en 9 (de verdeling van de ontruimingsvergoeding tussen huurder en onderhuurder) en 29 (bevoegdheid vrederechter) ter bescherming van beide partijen dienen komt dit recht aan beiden toe.[56]

3.3 De hoofdlijnen van het huurrecht in Frankrijk

Algemeen
De Code Civil van 1804 vormt ook in Frankrijk de grondslag van het hedendaagse huurrecht. De structuur en de inhoud van de Franse algemene bepalingen is identiek aan het commune huurrecht in België (zie paragraaf 3.4.1). Zelfs de artikelsgewijze nummering (1709-1762) is grotendeels ongewijzigd gebleven.[57] Ook inhoudelijk is het commune huurrecht in Frankrijk identiek aan het Belgische commune huurrecht.
Wel heeft, in tegenstelling tot in België, het Franse commune huurrecht diverse inhoudelijke moderniseringsrondes achter de rug na de eerste grootscheepse herziening in 1953 (de wet van 30 september 1953 aangaande de afsplitsing van de gehele categorie bedrijfsruimte), te weten in 1982 (de wet van Quilliot), 1986 (de wet van Méhaignerie) en in 1989 (de wet van Mermaz aangaande woonruimte).[58]

In de algemene bepalingen maakt artikel 1708 CC het onderscheid tussen *louage des choses* en louage d'ouvrage, waarvan de definities in de artt. 1709 en 1710 worden gegeven. *Louage des choses* is de overeenkomst waarbij de verhuurder zich verplicht een zaak in gebruik te verstrekken aan de huurder voor een bepaalde tijd, die zich op zijn beurt verplicht tot de betaling van een bepaald bedrag. *Louage d'ouvrage* is de overeenkomst waarbij de ene partij zich verplicht iets te doen voor de ander, tegen een door

54 Cass. 14 januari 1965, *J.Y.* 151.
55 A. Pauwels, P. Massart, *Bestendig handboek huishuur en handelshuur* (losbladige editie), Brussel, C-II-4-1.
56 Cass. 18 april 1975, *Bull.* 1975, 916.
57 M. Pedamon, *'Droit Commercial', commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce.* Dalloz; 2e édition. p. 248 e.v.
58 Voor een algemene beschouwing over de hoofdlijnen van het huidige Franse huurrecht, de herkomst ervan en de plaats daarvan binnen het Franse civiele recht verwijs ik naar A. Benabent, *Droit civil,* Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 5e druk, 2001, Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. De l'échange et du louage, commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code Napoléon,* 3e druk, 1859 en J. Carbonnier, *Droit civil,* titre 4, Les obligations, 22e druk, 2000.

hun overeengekomen prijs. Onder de louage des choses valt ook de huur van de *baux immobilliers*. Het Franse recht maakt onderscheid tussen de huur van bedrijfsruimte (*bail commercial*), de huur van woonruimte (de *bail d'habitation*), de *baux ruraux* en de *baux profesionnel*. Baux ruraux komt overeen met pacht. Baux professionnel betreft de huur van ruimte voor professioneel, maar non-commercieel gebruik, zoals onderwijs- en overheidsgebouwen. In tegenstelling tot in Nederland het geval is, is het huurrecht bedrijfsruimte in Frankrijk separaat ondergebracht in de 'Code de Commerce' (Boek 1 titel IV). Deze situering in het Franse equivalent van het Nederlandse Wetboek van Koophandel onderstreept de ontkoppeling met de Franse commune Code Civil, hetgeen een andere benadering van het huurrecht bedrijfsruimte in Frankrijk vermoedt. Dit biedt inspiratie bij de overpeinzing over een principiële herijking van het Nederlandse huurrecht bedrijfsruimte. Nadat deze ontkoppeling in 1953 geschiedde, is de wetgeving in 2000 geheel vernieuwd, geactualiseerd en vernummerd van art. 1 t/m 47 (de wet van 30 september 1953) tot de artt. L 145-1 t/m L 145-60 (de wet van 18 december 2000). Met name op het punt van het huurrecht bedrijfsruimte zijn de wetteksten in deze periode van economische hoogtij aangescherpt ter bescherming van de huurder. Dit was vooral noodzakelijk vanuit het perspectief van het belang van de kleine detaillist die met exorbitante huurprijsstijgingen werd geconfronteerd. Met name op het gebied van het huurprijzenrecht doet de betrekkelijk gedetailleerde regeling en de weerslag daarvan in de jurisprudentie zich gevoelen.[59]

3.4 Bail commercial

Wetshistorie

In titel VIII van de Code Civil van 1804, over de 'louage des choses' werd nog geen woord gerept over bedrijfsruimte. In de wet van 17 maart 1909 werd het begrip 'fonds de commerce' geïntroduceerd in de voorloper van de huidige Code de Commerce en werd een speciale wettelijke regeling getroffen voor ondernemingen. Aanvankelijk betrof die de oprichting en de verkoop van een onderneming. Hierbij werd de economische waarde (goodwill) van een onderneming voor het eerst wettelijk erkend. Het huurrecht bedrijfsruimte ontbeerde echter nog een wettelijke basis. In 1911 verscheen een wetsvoorstel waarin de 'commerçant', de ondernemer, beschermd werd tegen het risico dat deze zijn klantenkring zou verliezen indien zijn onderneming zou moeten verplaatst of gestaakt door opzegging van de verhuurder. Als gevolg van de Eerste Wereldoorlog werden de parlementsdebatten over het wetsvoorstel onderbroken. Daarna werd de draad opgepakt en enkele jaren daarna, bij de inwerkingtreding van de wet van 30 juni 1926 kreeg de ondernemer als huurder van bedrijfsruimte dan eindelijk zijn definitieve plaats in de Code de Commerce toebedeeld[60]. Deze wet gaf de huurder van bedrijfsruimte het recht de huurtermijn te verlengen, tenzij de verhuurder een deugdelijke reden opgaf voor beëindiging. Bij weigering van de verhuurder de

59 M. P. Bagnéries, *Le loyer du bail commercial*, Parijs, 1997, p. 171 e.v.

60 Jérôme Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, LDGJ 2001, p. 847.

huurovereenkomst te verlengen, ontstond bij de huurder een recht op een schadevergoeding. Ook de nadere vaststelling van de huurprijs kwam onder rechterlijke controle te staan. Contractuele bedingen die verlenging van de huurovereenkomst in de weg stonden werden nietig verklaard. Naar aanleiding van jurisprudentie op de wet van 30 juni 1926 volgde het Décret van 30 september 1953, welke in de kern tot op heden is blijven gelden. De nieuwe wet was completer en bood meer bescherming aan de commerciële huurder.

Kwalificatie

– *Bail professionnel*

Het Franse huurrecht bedrijfsruimte kent, overeenkomstig het Nederlandse wettelijke systeem, als hoofdcategorie de 'bail commercial' en als restcategorie de 'bail professionnel'. Baux professionelles/liberaux zijn wettelijk geregeld in art. 57A van de wet van 23 september 1986. Bij afwezigheid van enige toelichting van de wetgever over het toepassingsgebied van deze categorie wordt in de literatuur als heersende leer bepaald dat dit onontwikkelde statuut van de 'professionele huurovereenkomsten' alle beroepsactiviteiten betreft die commercieel, noch een ambacht noch een plattelandsactiviteit zijn.[61] Het gaat slechts om 'civiele activiteiten' van ondernemingen die een winstgevende activiteit uitoefenen die echter geen commercieel, ambachts- of plattelandskarakter hebben. Plaatsgebondenheid is voor deze categorie dan ook niet belangrijk. Zij kunnen zich verplaatsen zonder verlies van de klantenkring. Uit art. 57A blijkt dat een dergelijke huurovereenkomst voor minstens zes jaar dient te worden aangegaan en dat deze na ommekomst daarvan stilzwijgend voor de zelfde duur wordt verlengd. Elke huurcontractspartij kan aan de ander per aangetekende brief of bij deurwaardersexploot meedelen de huurovereenkomst na ommekomst niet te willen vernieuwen, dit met inachtneming van een opzeggingstermijn van zes maanden.

Het artikel spreekt noch van een recht op huurvernieuwing, noch van een systeem in het kader van de herziening van de huurprijs. Wel is het mogelijk voor partijen zich vrijwillig te onderwerpen aan het statut de Baux Commerciaux.[62]

– *Bail commercial*

Vóór 1926 genoten de handeldrijvende huurders geen enkele bijzondere bescherming.[63] Na ommekomst van de huurovereenkomst bestond geen mogelijkheid tot huurvernieuwing. De huurder kon hierdoor aanzienlijke schade lijden, vooral wanneer deze niet is staat was zich in de nabije omgeving opnieuw te vestigen. De huurder verloor dan doorgaans zijn klantenkring omdat die voornamelijk gebonden is aan de

61 F. Kenderian, *L'Évolution contemporaire du statut des baux immobiliers d'exploitation*, Litec.
62 P-H Antonmattei & J. Raynard, *Droit Civil Contrats Speciaux*, Paris: Litec, 2e édition.
63 J-B. Blaise, '*Droit des Affaires', commerçants concurrence distribution*, Paris: L.G.D.J, 2002. p. 291 e.v.

plaats van vestiging van het bedrijf.[64] In 1926 kwam hierin verbetering door de invoering van de verplichting van de verhuurder de huurder een 'indemnité de éviction' (goodwillvergoeding bij uitzetting) te betalen indien de weigering van huurvernieuwing niet gebaseerd was op een wettige reden. Na 1926 zijn hierin diverse tekstuele wijzigingen verwerkt, waarbij het met name ging om de herziening van de huurprijs, de indeplaatsstelling en de onderhuur. Een aparte wet voor de commerciële huurovereenkomsten kwam eerst per Decreet van 30 september 1953[65] De Bail commercial is sedertdien een belangrijk onderdeel van de Code de Commerce, zij verzekert immers de continuïteit van een onderneming op een bepaalde locatie.[66] Krachtens art. L. 145-1 van de Code de Commerce, is de wet van toepassing op de huur van onroerende zaken en van ruimten waarin een bedrijf geëxploiteerd wordt.[67] De wet is ook van toepassing op een 'kaal' terrein waarop een bouwwerk bestemd voor een handelsbedrijf, een industrieel bedrijf of een ambachtsbedrijf wordt gebouwd.[68] Een 'kaal' terrein valt daar op zichzelf beschouwd niet onder; de zaak moet in elk geval bestemd zijn voor het drijven van handel.[69] Er wordt een onderscheid gemaakt tussen een onroerende zaak in zijn geheel (immeuble) en een gedeelte daarvan (ruimte = local).[70] De bestemming van de zaak moet zijn een handelsbedrijf of een ambachtsbedrijf. De bestemming moet in overeenstemming zijn met wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst zijn overeengekomen en hebben beoogd. Voor wat betreft de bestemming is van belang het karakter van de werkzaamheden van het bedrijf.[71] De wet is dus slechts van toepassing indien de bedrijfsruimte een bestemming met het oog op handelsgebruik heeft. Ook moet de plaats van de uitoefening van het bedrijf van wezenlijk belang zijn voor de aantrekking en het behoudt van de klantenkring.[72]

Indien een 'niet-commercieel beroepsbedrijf' een object huurt, kan dat ook onder de wet vallen, doch slechts indien dit gedeelte van het bedrijf ondergeschikt is aan de handelsbestemming van het hoofdbedrijf. De bestemming kan ook voor een gedeelte van handelsgebruik zijn en voor een gedeelte van woning. Men spreekt dan over een gemengde huurovereenkomst. Deze gemengde huurovereenkomst staat toepassing van de wet niet in de weg.[73]

---

64 F. C. Dutilleul & P. Delebecque. *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2001. p. 319 e.v.
65 Pedamon, nr. 4500; Y. Chartier, *Rigidité et flexibilité dans le droit des baux commerciaux*, Etudes offertes a J. Deruppe, p. 71.
66 Hubrecht e.a. p. 52 e.v.
67 F. C. Dutilleul & P. Delebecque. *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2001. p. 319 e.v.
68 F. Dekeuwer-Defossez & E. Blary-Clement, '*Droit Commercial*', *activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consomation*, Montchrestien, 2001.
69 Hubrecht e.a. p. 52 e.v.
70 Dumont, p. 365.
71 Court de Cassation, 10 février 1999.
72 Antonmattei/Raynard, p. 56-76.
73 Dumont, p. 56.

– *De uitgebreide werking van de wet*

De wet was oorspronkelijk gereserveerd voor handelaren, maar de wetgever heeft het bereik, zoals hierboven reeds aangeduid, geleidelijk uitgebreid naar andere beroepen die dezelfde behoefte aan stabiliteit hadden. Zo heeft de Wet nr. 57-6 van 5 januari 1957 de reikwijdte uitgebreid naar handwerkslieden die bij de Kamer van Koophandel ingeschreven staan, staatsbedrijven en openbare instellingen van industriële of commerciële aard[74]. De commerciële huurovereenkomst is daarmee langzaam de 'burgerlijke sector' binnen gedrongen. De wet verleent daarmee derhalve ook huurbescherming aan bepaalde niet-handeldrijvende 'professionele' huurders (a) en banken (b).[75]

Ad a: hoewel professionele/vrije activiteiten traditioneel gezien zijn uitgesloten van het statuut, vallen bepaalde professionele huurovereenkomsten toch onder de werking van het statuut. Het gaat hier om de huurovereenkomsten van onderwijsinstellingen en die artiesten 'grafique' en 'plasticiens'.

Ad b: coöperatieve kredietinstellingen en spaarbanken genieten eveneens deze bescherming.

– *Huurbescherming*

De Code de Commerce biedt een sterke mate van huurbescherming die de Code Civil niet biedt[76]. Zo mag de duur van de huurovereenkomst niet korter zijn dan 9 jaar (art. 145-4 Code de Commerce). Voorts kan de verhuurder de mogelijkheid van indeplaatsstelling niet wegcontracteren.[77] Bovendien maakt de wet het voor de huurder mogelijk dat deze zijn bedrijfsactiviteiten wijzigt.[78] Bovenal echter verleent de wet de huurder, onder bepaalde voorwaarden, het recht op huurvernieuwing aan het einde van de huurovereenkomst. Voorwaarde daarbij is dat de huurder een persoonlijke klantenkring moet hebben. Is hiervan geen sprake dan behoeft aan een hernieuwingsverzoek niet te worden voldaan[79]. De verhuurder kan zich echter wel immer tegen deze huurvernieuwing verzetten door aan de huurder een 'indemnité d'éviction' (een schadevergoeding wegens uitzetting) te voldoen. Deze goodwillvergoeding moet overeenstemmen met de schade die door het verlies van klantenkring wordt geleden en moet overeenstemmen met de waarde van het bedrijf.[80] (art. 8 D 1953).

– *Plafonnement van de huurprijsherziening.*

Er zijn uitvoerige en complexe regelingen voor de herziening van de huurprijs tijdens de huurovereenkomst en bij het opnieuw vaststellen van de huurprijs bij een eventuele

---

74 F. Kenderian, *L'Évolution contemporaire du statut des baux immobiliers d'exploitation*, Paris: Litec, p. 253.
75 Kenderian, p. 287.
76 F. Auque, *Les Baux Commerciaux, theorie et pratique* L.G.D.J., 1996.
77 Dutilleul/Delebecque, p. 319 e.v.
78 Dutilleul/Delebecque. p. 335.
79 Dekeuwer-Defossez/Blary-Clement, p. 72-76.
80 Blaise, p. 291 e.v.

huurvernieuwing. In Frankrijk kent men de 'révision triennale'[81]. Een driejaarlijkse herziening van de huurprijs die kan plaatsvinden drie jaar na de ingangsdatum van de aanvangshuurprijs, drie jaar na de aanvang van een hernieuwde huurovereenkomst, drie jaar na de inwerkingtreding van de vorige huurprijsherziening of drie jaar na het van toepassing zijn van een wijzigingsclausule die de huurprijs wijzigt ten gevolge van een verbetering die is aangebracht door de verhuurder.[82] Er zijn voor de Baux Commerciaux strikte regels voor het bereiken van het limiet van de huurprijzen (plafonnement).[83] Krachtens art. L. 145-34 van de Code de Commerce moet bij herziening van de huurprijs rekening worden gehouden met het indexcijfer dat wordt gepubliceerd door het I.N.S.E.E. (Institut National de la Statistique et des Études Économiques) De verhoging van de huurprijs mag niet groter zijn dan de verhoging op grond van het indexcijfer van het I.N.S.E.E. Dit indexcijfer vormt de basis van de plafonnement en de herziene huurprijs mag hier niet boven uitstijgen. Dit principe biedt en sterke mate van huurprijsbescherming voor de huurder omdat de huurprijs nooit tot een extreem groot bedrag verhoogd zal kunnen worden (overeenkomstig de matigende werking van de referentieperiode in Nederland; zie paragraaf 11.9).

– *Het geringe belang van de wettelijke uitbreiding.*
De wettelijke uitbreiding van de reikwijdte van de wet is van gering belang voor de niet-handeldrijvende huurders, omdat bepaalde 'extra' rechten voor hen nutteloos zijn vanwege de daarin specifieke vermelding van een 'fonds de commerce'. Veel niet-handeldrijvende huurders voldoen hieraan uiteraard niet en worden aldus het recht op 'plafonnement' van de huurprijs onthouden. Bovendien zal de goodwillvergoeding bij uitzetting noodzakelijkerwijs bescheiden zijn vanwege de niet-commerciële activiteit die in de gehuurde objecten wordt uitgeoefend[84].

– *Déplafonnement*
In bepaalde gevallen is er geen sprake van plafonnement van de huurprijs. De huurprijs wordt dan op de huurwaarde vastgesteld.[85] Hiervan is sprake indien:
– de huurovereenkomst gesloten is voor een periode langer dan 9 jaar
– het gaat om een local à usage exclusive de bureaux.
– het een local monovalente betreft
– sprake is van opmerkelijke wijzigingen van de elementen die dienen om de huurwaarde te bepalen.
– het gaat om 'terrains'.

81 Hubrecht e.a. p. 52 e.v.
82 M. Canaple en Stéphanie Soares, *Le bail commercial: contract, loyer, révision, renouvellement* (collection inforeg), Paris: Gualino éditeur, 2004, p. 221-223.
83 D. Legeais, *Droit Commercial et des Affaires* 14e édition; Armand Collin, p. 54-56.
84 Dutilleul/Delebecque, p. 319 e.v.
85 G. Lausanne *Le bail commercial*, Paris: Groupe Revue Fiduciaire, 2002, p. 263-264.

– *Local monovalente*
Krachtens art. 32-8 (D 1953) is bij een 'local monovalente' geen sprake van plafonnement. Dit artikel bepaalt dat de huurprijs van deze ruimten moet worden bepaald aan de hand van de gebruikelijke huurprijzen die andere bedrijven in die bedrijfstak betalen. Een 'local monovalente' is een ruimte gebouwd met het oog op het gebruik voor slechts é specifiek doel en moeilijk overdraagbaar aan een ander.[86] Men kan hierbij bijvoorbeeld denken aan een atelier van een beeldhouwer. Een atelier laat namelijk moeilijk de uitoefening van andere activiteiten toe.

– *Local à usage exclusive de bureaux*
Krachtens art. 23-9 (D 1953) wordt plafonnement voor ruimten voor exclusief gebruik van kantoor uitdrukkelijk uitgesloten. Dit artikel bepaalt dat de huurprijs bij een herziening wordt bepaald door vergelijking van de huurprijs met de huurprijs van gelijkwaardige ruimten ('locaux equivalents'). Naar aanleiding van de geconstateerde verschillen vindt een correctie plaats. (De vergelijking met art. 7:303 BW dringt zich hier op.) Bij een 'local à usage exclusive de bureaux' gaat het om een object waar wel klanten en leveranciers mogen komen, maar waar hoofdzakelijk geen sprake is van opslag of levering van handelswaren[87].

Conclusie
Een onderscheid tussen de detailhandelsbedrijfsruimte en de overige bedrijfsruimte zoals wij dat kennen bestaat in Frankrijk niet. In Nederland berust het belang van het onderscheid tussen detailhandelbedrijfsruimte en overige bedrijfsruimte in het feit dat de huurder van een object van de eerste categorie moet worden beschermd omdat zijn locatiegebonden onderneming gedurende zekere tijd investeringen moet kunnen afschrijven en goodwill moet kunnen opbouwen. Voor de overige bedrijfsruimten geldt dit niet omdat de daarin gevoerde ondernemingen volgens de wetgever niet plaatsgebonden zijn. Het onderscheid tussen de verschillende bedrijfsruimten in Frankrijk berust in de bescherming die aan de huurders van de verschillende bedrijfsruimten moet worden gegeven. De plaatsgebondenheid van een onderneming speelt ook in het Franse huurrecht bedrijfsruimte een belangrijke rol. Niettemin heeft de Franse wetgever ook een aantal andere bedrijven die behoefte hadden aan dezelfde stabiliteit als de handelsbedrijfsruimten onder de vigeur van de wet gebracht, welke bedrijven niet voldoen aan de definitie van het Franse equivalent van onze detailhandelsbedrijfsruimte. Dit duidt op een ruimhartige beschermingsratio. Gelijk als in Nederland bestaat ook in Frankrijk een restcategorie: de locaux liberaux/locaux professionnelles. De definitie hiervoor is negatief geformuleerd: een bedrijfsobject dat geen handelsbedrijf, geen ambachtsbedrijf en geen agrarisch bedrijf bevat. Het betreft hier de zgn. 'vrije beroepen' waarvan enkelen de bescherming van de Code de Commerce toekomen. Er bestaat daarmee geen zuiver onderscheid op grond van het handelsbedrijf

86 Kenderian, p. 76.
87 Kenderian, p. 78.

en de vrije beroepsbeoefenaar. De aanvankelijke principes zijn dus in Frankrijk versoepeld. Wel is ons onderscheid tussen detailhandelsbedrijfsruimte en overige bedrijfsruimte terug te vinden in het Statut de Baux Commerciaux zelf. In principe worden alle soorten bedrijfsruimten die onder het Statut vallen beschermd door een 'plafonnement' van de huurprijsherziening. Alleen de 'locaux monovalents' en de 'locaux a usage exclusive de bureaux' genieten deze bescherming niet. Het belang van het onderscheid berust in de bescherming, maar gelijk aan het onderscheid in het Nederlands recht is het zeker niet.

3.5 De hoofdlijnen van het huurrecht in Zwitserland

Wetshistorie
Meteen nadat in Frankrijk de revolutie uitbrak (1789) is ook het toenmalige 'Zwitserse Eedgenootschap' aan deze grote omwenteling onderworpen geweest. Vanaf dat jaar was het land doortrokken van moderne, Franse denkbeelden, met als gevolg de vestiging van een eenheidsstaat op de grondslag van volkssoevereiniteit. De grondwet van 1789 van de latere 'Helvetische Republiek' was geheel op het 'Franse model' toegesneden, omdat deze voorzag in volkssoevereiniteit, de onvervreemdbaarheid van de menselijke vrijheid en de vrijheid van godsdienst. Reeds in 1800 werd deze grondwet echter vervangen door een federalistische grondwet, hetgeen Napoleon heeft doen besluiten op 21 oktober 1803 in te grijpen door de invoering van de Code Civil op te leggen. Na de val van Napoleon (1813) werd in Zwitserland de oude federale structuur in 1815 in ere hersteld met een grondwet die in sterkere mate federalistisch was dan de eerste. In 1848 kwam er wederom een nieuwe grondwet, die de statenbond van 1815 ombouwde tot een bondsstaat. Reeds kort na de uitvaardiging van de grondwet van 1848 bleek echter dat het ontbreken van enige mate van privaatrechtelijke uniformiteit de economische ontwikkeling van het Eedgenootschap frustreerde. Om deze reden is enige tijd daarna de grondslag gelegd voor de totstandkoming van het Schweizerisches Obligationenrecht (OR, ofwel: CO: Code des Obligations), dat op 1 januari 1883 in werking trad.[88]

Algemeen
Huur behoort in het Zwitserse recht tot de zgn. Gebrauchsüberlassungsvertragen: het betaald ter beschikking stellen van een bepaalde zaak voor gebruik. De huurder heeft een recht op bezit op grond van de huurovereenkomst en geniet bezitsbescherming.[89] Het is een tweezijdige duurovereenkomst[90] tussen huurder en verhuurder, een 'Dauerschuldverhältnis' die voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd wordt aangegaan.[91] In het Zwitserse huurrecht zijn de essentialia negotii: de ter beschikking stelling tot gebruik,

88 Lokin/Zwalve, p. 313.
89 J. Honsell, Schweizerisches *Obligationenrecht, Besonderes Teil*, 6e druk, Bern, 2001, p. 324.
90 Aldus de uitspraak ATF 56 II 189.
91 C. Huguenin, *Obligationenrecht, Besonderes Teil*, Zürich, 2002.

het object, de duur en de huurprijs. Daarnaast is de huurovereenkomst vormvrij.[92] Het huurbegrip in het Zwitserse huurrecht[93] komt aldus overeen met het huurbegrip in art. 7:201 BW (behoudens het duurvereiste). Huur wordt in art. 253 CO als volgt omschreven:

> Miete bezeichnet ein Vertragsverhältnis, welches die Überlassung des Gebrauchs einer Sache auf Zeit gegen Entgelt zum Gegenstand hat.

Kwalificatie

In het Zwitserse huurrecht worden sinds de invoering van het nieuwe huurrecht drie categorieën objecten onderscheiden. 'Wohnraum', 'Geschäftsraum' en 'Übriger Raum'. Deze laatste categorie is betrekkelijk nieuw.[94] Uit de definitie die in de literatuur aan één en ander wordt gegeven blijkt dat onder woonruimte (Wohnraum) elke ruimte verstaan die slechts voor bewoning geschikt is en krachtens huurovereenkomst ook daarvoor wordt gebruikt en dat een ruimte die slechts als handels- en werkruimte (Geschäftsraum) wordt aangemerkt indien deze geschikt is voor, en slechts wordt gebruikt als de uitoefening van een bedrijf of beroep.[95] Overige ruimten (Übriger Raum) zijn alle ruimten waarin niet gewoond kan worden of handel wordt gedreven en die ook niet als zodanig in de wet (art. 253a OR[96]) worden genoemd.[97]

Onder 'Geschäftsraum' (handels- en werkruimte[98]) wordt in de Zwitserse wet elke ruimte begrepen, waarin een handelsbedrijf of vrij beroep wordt uitgeoefend. De bepaling noemt expliciet kantoren, winkels, werkplaatsen en magazijnen. De hierop aansluitende definitie strekt uitdrukkelijk ertoe het begrip woonruimte duidelijker te begrenzen[99]. De Zwitserse rechtspraak heeft verschillende uitspraken gedaan omtrent de vraag wat een 'Geschäftsraum' in de zin van de wet is. Zo stelde de kantonrechter van St. Gallen vast dat een hobbyruimte niet als zodanig gekwalificeerd kon worden en daarmee ook niet onder de beschermingsbepalingen van het BMM en het nieuwe huurrecht valt. Hieruit wordt duidelijk dat niet elke niet-woonruimte per definitie een handels- en vrije beroepsruimte is. Naast de hierboven genoemde voorbeelden wijst de rechtspraak tevens ruimten waar activiteiten met een ideële doelstelling worden uitgeoefend als 'Geschäftsraum' aan, zoals bijvoorbeeld een vergaderzaal. Tevens sluit de rechtspraak en de doctrine niet uit dat ruimten die gebruikt worden

---

92 C. Bucher, *Obligationenrecht, Besonderes Teil*, 3e druk, Zürich, 1988.
93 P. Tercier, *Les contrats Spéciaux, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag 1995*, p. 186.
94 P. Gauch & P. Higi, *Obligationenrecht, Teilband V2b, Die Miete, Erste Lieferung*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verslag, 1994, p. 24, nr. 92.
95 Bundesgericht (GBE) 118 II 42.
96 De bepalingen omtrent de huur van woon- en handels- en werkruimten gelden ook voor zaken, die de verhuurder tezamen met deze ruimte aan de huurder in gebruik geeft.
97 Gauch/Higi, p. 24, nr. 91.
98 I. van Gelderen, *Duits woordenboek. Duits-Nederlands*, Groningen: Wolters-Noordhoff n.v., 1969.
99 Gauch/Higi, p. 102.

voor niet-winstgevende werkzaamheden, bijbanen en huishoudelijke activiteiten eveneens als 'Geschäftsraum' gekwalificeerd kunnen worden. Aldus blijkt dat het Zwitserse equivalent van detailhandelsruimte, gelijk als in Frankrijk, een ruimer bereik heeft dan de reikwijdte in Nederland. Daarbij dient echter te worden aangetekend dat in Zwitserland, gezien de atypische wettelijke structuur (zie hieronder) de indeling in categorieën minder belangrijk is dan in Nederland, België en Frankrijk. Deze definiëring is echter, gezien de atypische structuur van het Zwitserse huurrecht, niet van enig belang. De in Nederland aan het type zaak gekoppelde mate van huur(prijs)bescherming berust in Zwitserland immers niet in het type zaak doch in het betreffende wetsartikel. Opmerkelijk is overigens dat de Zwitserse huurder van bedrijfsruimte een betere opzeggingsbescherming geniet dan een huurder van een woning. Immers, de minimaal voorgeschreven huurtermijn van een bedrijfsruimte is zes jaar en die van een woonruimte slechts vier jaar.[100]

Naast de hierboven genoemde definitie van overige ruimte noemt de rechtspraak een kelder of privé-autoparkeergarage expliciet een overige ruimte. Jurisprudentie wijst echter uit dat een garage die gebruikt wordt door een monteur om Oldtimers op te knappen daarentegen wel een 'Geschäftsraum' is. Daarnaast geeft de literatuur ook barakken, tuinhuisjes, boothuizen en de eerder genoemde hobbyruimten als voorbeelden van 'overige ruimten'.[101]

Wettelijke structuur
Het Zwitserse huurrecht ('bail à loyer') kent een unieke structuur die is opgenomen in de titel VIII van de Code des Obligations en meer in het bijzonder in de artt. 253 t/m 274g daarvan. De volledige herziening van deze titel is in 1989 door de Chambres fédérales goedgekeurd en is op 1 juli 1990 in werking getreden.[102] De achtste titel van de Code des Obligations is in 4 hoofdstukken onderverdeeld:
- hoofdstuk 1 (art. 253-268b): de algemene bepalingen die voornamelijk (maar met vele uitzonderingen) van toepassing zijn op alle huurovereenkomsten van onroerende maar ook roerende zaken.
- hoofdstuk 2 (art. 269-270e): de bepalingen over de huurprijsbescherming die alleen van toepassing zijn op de huurovereenkomsten van woningen en bedrijfsruimten.
- hoofdstuk 3 (art. 271-273c): de bepalingen betreffende de beëindiging van de huurovereenkomst; deze zijn slechts van toepassing op de huurovereenkomsten van woning en bedrijfsruimten.
- hoofdstuk 4 (art. 274-274g): de bepalingen met betrekking tot huurprocesrecht; alleen van toepassing op onroerende zaken in het bijzonder de huurovereenkomsten van woning en bedrijfsruimten[103].

100 Gauch/Higi, p. 25.
101 Gauch/Higi, p. 104.
102 D. Lachat, *Commentaire Code des Obligations I,* Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 1305.

Duidelijk is dat het Zwitserse huurrecht geheel anders is geordend dan het Nederlandse huurrecht. Er bestaan geen separate afdelingen voor de algemene bepalingen, bedrijfsruimte en woonruimte. Er bestaat een ordening op onderwerp (termijnen, onderhuur, huurprijs e.d.) waarin telkens de drie voormelde typen onroerende zaken geïntegreerd worden behandeld. Aldus kan worden vastgesteld dat het Zwitserse huurrecht, gelijk het Nederlandse, een gelaagde structuur kent, doch met dit verschil dat in Zwitserland op onderwerp en in Nederland op objecttype is gerangschikt. Daarmee valt het Zwitserse huurrecht op als tussenvariant tussen Frankrijk enerzijds en België en Nederland anderzijds. In Frankrijk is het huurrecht bedrijfsruimte immers geheel gesepareerd in de Code de Commerce geplaatst. Nederland en België kennen de driedelig gelaagde huurrechtstructuur en Zwitserland kent de hierboven omschreven mengvorm.

Het Zwitserse huurrecht heeft een (relatief) dwingendrechtelijke grondslag.[104] Het huurrecht heeft zich langzamerhand ontwikkeld van een privaatrechtelijk huurrecht naar een sociaal georiënteerd huurrecht. De reden hiervoor is dat de Zwitserse wetgever de zwakkere partij bij een huurovereenkomst wenst te beschermen. Kenmerkend voor het Zwitserse huurrecht is dat men bij een verhuurder spreekt van een onmiddellijk bezitter en bij een huurder van een middellijk bezitter.

Verplichtingen van verhuurder en huurder in kort bestek
De verplichtingen van de verhuurder zijn vastgelegd in de artt. 256 t/m 256b CO. De belangrijkste hoofdverplichting is het ter beschikking stellen van de zaak aan de huurder. Daar waar dit in ons recht is geïncorporeerd in art. 7:203 BW dient de verhuurder in Zwitserland het gehuurde ter beschikking van de huurder te stellen en te laten conform de artt. 253 en 256 CO. De zaak moet vervolgens aan het einde van de huur in de oorspronkelijke staat worden opgeleverd.[105] Indien de verhuurder verzuimt het gehuurde deugdelijk ter beschikking te stellen, komt de huurder de in artt. 107 t/m 109 CO genoemde schadeacties toe. Hierbij dient te worden opgemerkt dat de bepalingen uit de artt. 256 t/m 256b CO van semi-dwingende aard zijn[106] en van toepassing zijn op het gehele Zwitserse huurrecht, dus op woon- én bedrijfsruimte. Een verschil tussen het Zwitserse en Nederlandse huurrecht bedrijfsruimte is hierin gelegen dat de mogelijkheid kenbare gebreken bij aanvang van de huur te herdefiniëren in Zwitserland niet mogelijk is. Zie hierover nader paragraaf 5.7). De huurder is verplicht, ex art. 257 CO, de huurprijs (tegenprestatie) op de overeengekomen wijze aan de verhuurder te voldoen. Uit de definitie van art. 257 CO vloeit voort dat de tegenprestatie niet noodzakelijk uit geld behoeft te bestaan, deze kan evengoed bestaan uit een andersoortige tegenprestatie. Op dit laatste punt bevat art. 7:201 lid 1 BW een identieke inhoud. Gelijk als het 'goed huurderschap' van art. 7:213 BW, bestaat ook in Zwitserland

103 D. Lachat, p. 1307.
104 D. Lachat, *Le Bail à loyer,* Lausanne: ASLOCA, 1997, p. 67.
105 Honsell 2001, p. 206.
106 Higi 1994, p. 163.

krachtens art. 257f lid 1 CO een soortgelijke algemene etiquettenorm als nadere afgrenzing van het gebruiksrecht.[107]

3.6 Bail commercial: dwingend, semi-dwingend of regelend?

Algemeen
De meerderheid van de huurrechtelijke wetsbepalingen van de (huur-)titel 8 CO zijn dwingend recht. Onder andere de artikelen van hoofdstuk 4 zijn dwingend alsook de artt. 254, 257, 265 en 266 CO; allen betreffende het wettelijke toepassingsbereik van titel 8 CO c.q. kwalificatiekwesties dienaangaande. Van het absoluut dwingend recht ('les normes absolument impératives') mag door geen der huurcontractspartijen worden afgeweken. Voorbeelden van absoluut dwingende regels zijn: art. 269d, 270 CO (huurprijsbescherming). De semi-dwingende regels (relativement impératives) garanderen een minimale bescherming aan één van de partijen (doorgaans de huurder). In de huurovereenkomst kan een voor de huurder wel een gunstiger voorziening worden opgenomen doch niet een nadeliger voorziening. Voorbeelden van semi-dwingende bepalingen zijn: art. 262 (onderhuur), art. 266a al.1 CO en art. 273c CO.[108] De achtste titel CO bevat slechts een aantal normen waarvan partijen vrijelijk kunnen afwijken. Voorbeelden van deze 'normes dispositives' (regelend recht) zijn in art. 257c CO (de betalingstermijn) en in art. 266a al.1 CO (de ontbindingstermijn).

Ook bij de aanvullende bepalingen bestaat een onderscheid tussen 'les règles absolument dispositives' en 'les règles relativement dispositives'. Van het absoluut aanvullend recht kunnen partijen te allen tijde afwijken. Bij het semi-dwingend recht kunnen partijen slechts ervan afwijken indien bepaalde regels in acht worden genomen. Zo kan de wet een schriftelijke vorm eisen (art. 198, 321 c III of 339 II CO) of de toegestane afwijkingen door middel van algemene voorwaarden (art. 256II/a CO) beperken of uitsluiten.

Onderhuur
Een aardig voorbeeld van een manier waarop semi-dwingend op een naar mijn mening juiste wijze in het wettelijk huurrecht kan worden verwerkt is het artikel voor onderhuur (art. 262 CO), waarvan de tekst als volgt luidt:

> Le locataire peut sous-louer tout ou partie de la chose avec le consentement du bailleur (lid 1)
> Le bailleur ne peut refuser son consentement que:
> sub a. Si le locataire refuse de lui communiquer les conditions de la sous-location;
> sub b. Si les conditions de la sous-location, comparées à celles du contrat de bail principal, sont abusives;

---

107 Tercier, *Les contrats Spéciaux,* Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag 1995, p. 209.
108 P. Tercier, p. 15.

sub c. Si la sous-location présente pour le bailleur des inconvénients majeurs (lid 2).

Le locataire est garant envers le bailleur que le sous-locataire n'emploiera la chose qu'à l'usage autorisé par le bail principal. Le bailleur peut s'adresser directement au sous-locataire à l'effet de l'y obliger. (lid 3)

Art. 262 CO is van semi-dwingend recht maar de afwijking is (deugdelijk gereguleerd) mogelijk, waarbij de belangen van beide partijen worden afgewogen. Partijen kunnen in de huurovereenkomst nader bepalen wat het begrip 'ernstige nadelen' (des inconvénients majeurs) inhoudt of in welke vorm en met inachtneming van welke termijn de verhuurder toestemming moet geven. De verhuurder kan tevens vooraf toestemming geven.[109] Aldus is art. 262 CO niet van absoluut-dwingend maar van semi-dwingend recht. Van de wetsbepalingen kan immers onder bepaalde omstandigheden worden afgeweken en die omstandigheden zijn in de wet gereguleerd. Zie over onderhuur nader in de paragrafen 4.4.7 en 4.8.

Conclusie
Anders dan het Nederlandse huurrecht bedrijfsruimte kent Zwitserland meer dwingendrechtelijk geregelde onderwerpen en slechts enkele semi-dwingendrechtelijke bepalingen, zoals de wettelijke regels aangaande opzeggingsbescherming, huurprijsbescherming en onderhuur. Doorgaans spreekt men van absoluut dwingend recht ten gunste van de huurder. Deze regelingen gelden overigens op dezelfde voet voor zowel bedrijfs- als woonruimte. In Nederland zijn ten aanzien van detailhandelsbedrijfsruimte vooral belangrijke onderwerpen als de termijnbescherming, de opzeggingsregeling, de nadere huurprijsvaststelling semi-dwingendrechtelijk geregeld. In Zwitserland is ten aanzien van woon- én bedrijfsruimte slechts de huurprijsbescherming, de opzegging en de onderhuur semi-dwingendrechtelijk beschermd. Aldus blijkt dat Zwitserland minder semi-dwingendrechtelijke bescherming kent en meer aan partijen overlaat. De Zwitserse onderhuurregeling kan als voorbeeld dienen voor een betere, duidelijkere regeling van semi-dwingend recht zoals deze in Nederland de rechtszekerheid kan bevorderen. In Nederland laat de wetgever de beantwoording van de vraag wat wel of niet in het nadeel van de huurder kan worden geacht aan huurcontractspartijen over. In Zwitserland biedt de wetgever een meer zorgvuldiger geformuleerde norm waarin de belangen van beide partijen worden afgewogen.

109 Lachat, p. 1372.

4 Varianten op huur en verhuur van bedrijfsruimte

4.1 Leasing van onroerende zaken

4.1.1 Leasing in het algemeen

Leasing bevindt zich tussen huur en koop.[1] Leasing in zijn algemeenheid is de overeenkomst waarbij een leasemaatschappij ('lessor' – meestal een aan een bank verbonden financieringsmaatschappij) een bepaalde zaak volledig financiert en vervolgens voor een bepaalde duur in gebruik geeft aan de 'lessee' (de gebruiker) tegen een bepaalde maandelijkse financiële vergoeding, bestaande uit rente en aflossing. Dit gebruik wordt gevolgd door het inroepen van een koopoptie waarna koop en levering volgt. De overeengekomen bepaalde contractsduur is bij leasing in zijn algemeenheid gelijk aan de economische levensduur van de zaak, zodat de lessor dan vooraf precies weet waar deze financieel aan toe is: zowel het aantal leasetermijnen en de eventuele extra vergoeding bij het inroepen van de koopoptie zorgen ervoor dat de lessor bij het aangaan van de lease-overeenkomst volledige zekerheid heeft voor de door haar verzorgde financiering, zodat deze haar investering kan terugverdienen en zeker is van een vooraf te berekenen winstmarge. Leasing is niet civielrechtelijk geregeld en is daarmee vanuit juridisch opzicht geen exact te definiëren, doch veeleer een hybride begrip, zonder een vaste juridische inhoud. Wel blijkt uit de Parlementaire Geschiedenis dat leasing zodanig atypisch is dat deze contractsvorm uitdrukkelijk buiten de ('te rigoureuze') onderverhuurregeling van art. 7:221 BW wordt gehouden.[2]

Op grond van de literatuur, de schaarse vermeldingen in Parlementaire Geschiedenis en de (schaarse) jurisprudentie, kunnen de navolgende hoofdkenmerken van leasing worden onderscheiden:

a. de ingebruikgeving,
b. de bepaalde duur,
c. de aan de duur gekoppelde zelfstandige economische waarde,
d. de koopopties(s) (of zelfs koopplicht) van de lessee tegen een bepaalde uitoefenprijs.

---

1 Zie voor een algemene beschouwing over leasing: J. J. van Hees, *Leasing* , diss. Nijmegen, 1997 en S. C. J. J. Kortmann, 'Struikelt leasing over de dode letter van art. 3:84 lid 3 BW?', *WPNR* 1995, 6119, p. 18 t/m 22.

2 Kamerstukken I 2001/2002 26 089, 26 090 en 26 932, nr. 162, p. 24.

In zijn algemeenheid denkt men bij lease aan een auto, computerapparatuur, en, meer recentelijk, aan de zgn. Dexia-zaken, waarbij door particulieren aandelen werden geleast.[3] Daarbij behoeft het echter niet te blijven. Zo leaste de gemeente Hardenberg in 2002 koeien van het ras Holland Dexter om de uiterwaarden van de Vecht te laten begrazen. Voor deze constructie van natuurlijke grasmaaiers werd gekozen omdat deze gebieden in de toekomst zouden worden beheerd door natuurorganisaties, stichtingen of agrariërs. Omdat ook een energiecentrale, een stadhuis of een gerechtsgebouw voorwerp van leasing kan zijn, zijn de varianten divers van aard.

4.1.2 Leasing van onroerende zaken

Bij leasing van onroerende zaken is de band tussen economische levensduur en de duur van de lease-overeenkomst in mindere mate aanwezig, omdat de levensduur van een onroerende zaak afhankelijk is van tussentijdse renovaties en dus moeilijk vooraf te bepalen. Zonder ingrijpende renovaties kan een pand een economische levensduur hebben van 50 jaar, indien een redelijk aanvaardbare jaarlijkse afschrijving van 2% wordt gebruikt. Met ingrijpende renovaties is de levensduur uiteraard nog langer. Een hierop gebaseerde lease-overeenkomst is niet realistisch want deze zou te lang duren, in elk geval veel te lang voor de lessee. Bij de lease van onroerende zaken (een looptijd van 12 jaar is gebruikelijk) ligt dan ook het accent op het rendement van de investeringen van de lessor, dat met name wordt bepaald door de kredietwaardigheid van de lessee op een relatief korte termijn en niet op een termijn van 50 jaar. Bij leasing van onroerende zaken staat de bedoeling voorop dat de lessee te zijner tijd eigenaar wordt van de zaak door middel van het inroepen van een koopoptie in de lease-overeenkomst. De bedoeling tot koop en de hiermee samenhangende verplichting de zaak in eigendom aan de gebruiker over te dragen, is bij leasing doorslaggevend en onderscheidt lease van huur, waarvan de basisvereisten in art. 7:201 BW staan vermeld (zie paragraaf 1.5; kortweg: gebruik van een bepaalde zaak tegen een bepaalde tegenprestatie).

Indien de bedoeling tot uiteindelijke eigendomsoverdracht namelijk niet aanwezig is, maar wel een uitdrukkelijke opzeggingsbevoegdheid van de lessee bestaat, is geen sprake van leasing maar is sprake van een huurovereenkomst, ondanks een eventuele andere benaming van de overeenkomst. Ook indien de koopprijs onwaarschijnlijk hoog is of de koop slechts op andere voor de gebruiker zeer nadelige voorwaarden kan plaatsvinden, is er sprake van een huurovereenkomst, omdat het in een dergelijk geval niet realistisch is dat sprake was van een échte bedoeling tot koop en levering van de zaak aan de gebruiker. Ook het feit dat bij leasing alle zakelijke lasten onverkort worden doorbelast aan de lessee, hetgeen bij huur niet het geval is, geeft het onderscheid tussen lease en huur aan. Voorts is doorgaans al het onderhoud voor rekening van de lessee, terwijl dit ingeval een huurovereenkomst slechts gedeeltelijk het geval is. De vraag of er sprake is van 'huur' is met name van belang bij leasing van onroerende zaken, omdat de

3 Vrz. Amsterdam 24 juli 2003, *NJ feitenrechtspraak* 2003, 3.

daarbij behorende wettelijke bepalingen van overwegend semi-dwingendrechtelijke aard zijn en daarvan afwijkende afspraken (die nadeel voor de lessee/huurder opleveren) in de lease-overeenkomst opzij kunnen zetten.[4]

4.1.3 Operationele lease

Er bestaan twee soorten lease: de operationele lease en de financiële lease. Operationele lease lijkt het meest op huur omdat daarbij het gebruik van het object gedurende een bepaalde duur centraal staat. De door de lessee te betalen periodieke termijnen vormen een tegenprestatie voor de terbeschikkingstelling van het object, dat door de lessor is gefinancierd. Operationele lease heeft diverse gedaanten en kan variëren van een kale financieringsovereenkomst met een koopoptie tot een lease met een zeer uitgebreid servicepakket, waaronder het beheer en het onderhoud van het object (de zgn. 'service-lease'). Wat het laatste betreft kan men spreken van een aangeklede huurovereenkomst.

Huurrechtelijke complicaties
Er zijn aan operationele lease diverse huurrechtelijke haken en ogen verbonden. Onder toepassing van de cumulatieleer van art. 6:215 BW (zie paragraaf 1.4) is bij detailhandelsbedrijfsruimte art. 7:290 e.v. van toepassing en bij overige bedrijfsruimte art. 7:230A BW.

Bij detailhandelsbedrijfsruimte kan de lessee/huurder na ommekomst van de leaseperiode calculeren wat hem financieel het beste uitkomt: de contractuele koopoptie inroepen (waardoor hij het object in eigendom verwerft) danwel de lease de facto voortzetten. Blijkt dit contractueel formeel niet mogelijk, komt de lessee huurbescherming en huurprijsbescherming toe. De voortzetting geschiedt dan ten titel van huur en zal weerstand bij de lessor veroorzaken. Vooruitlopend op de uitvoerige behandeling over één en ander in resp. hoofdstuk 7 en 10, kan de ex-lessee/huurder een huuropzegging en beëindigingsprocedure van de lessor/verhuurder afwachten en op zijn beurt een huurprijsverlagingsprocedure starten, althans wat dit laatste betreft het traject van de deskundige-advisering daartoe inzetten (zie paragraaf 11.5). Een en ander, en dan met name de door de ex-lessee/huurder beoogde huurrechtelijke consequenties kunnen in beginsel in strijd zijn met de operationele lease-overeenkomst c.q. de tekst en de strekking daarvan, doch zeker is dat allerminst.

Wat de huurbeëindiging betreft zal de verhuurder, ter maximalisering van zijn kansen, een uitdrukkelijk beroep behoren te doen op de belangenafweging ex art. 7:296 lid 3 BW (zie daarover met name paragraaf 8.7) waarin schending van de tekst en strekking van de operationele lease-overeenkomst en een beroep op de redelijkheid en billijkheid belangrijke elementen kunnen vormen.[5] Ter afwering daarvan kan de ex-lessee/

4 R. Slikkerveer, 'Vastgoedlease', *Vastgoedrecht* 1998 nr. 3, p. 58 t/m 63.

huurder zich evenwel erop beroepen dat hij bijvoorbeeld de uitoefenprijs van de koopoptie niet kan financieren, waardoor deze een zwaarwegend belang bij voortzetting van het gebruik ten titel van huur heeft. De resultante van een en ander is afhankelijk van een afweging van feiten door de (kanton)rechter.

Wat de mogelijkheid van nadere huurprijsvaststelling betreft zijn de kansen en risico's van partijen afhankelijk van de gemiddelde huurprijs van vergelijkbare panden ter plaatse gedurende de voorliggende referentieperiode van vijf jaar (zie paragraaf 11.9) in relatie tot de op dat moment geldende periodieke betaling. Het gehele ritueel van de nadere huurprijsvaststellingsprocedure komt aan de orde, waarbij diverse knooppunten worden ontmoet. Niet alleen moet de vergoeding van het object zelf worden geabstraheerd uit de totale periodieke vergoeding, hetgeen soms niet eenvoudig realiseerbaar is. Ook kan het benoemen van deskundigen tot complicaties leiden (zie paragraaf 11.5). Voorts is de vraag of het typische aspect van de operationele leaseovereenkomst als bijzondere subjectieve omstandigheid (zie paragraaf 11.10) bij de nadere huurprijsvaststelling kan worden betrokken en in hoeverre dat van invloed is op de nader vast te stellen huurprijs. Bovendien kan in het geval de ex-lessee/huurder het object voor eigen rekening en risico bouwkundig heeft aangepast ook het verbeteringenaspect de zaak gecompliceerd maken, zeker indien de lessor zich op het standpunt stelt dat deze, onder verwijzing naar de lease-overeenkomst op indirecte wijze aan de financiering daarvan heeft bijgedragen (zie paragraaf 11.11). Aldus blijkt dat ook hier de uitkomst afhankelijk is van diverse feiten die door de (kanton)rechter zullen worden gewaardeerd.

Wat betreft de hierboven in het kort aangeduide elementen die in het kader van een huurbeëindiging en een nadere huurprijsvaststelling na ommekomst van een operationele leaseovereenkomst een rol spelen is het voor de lessor raadzaam met de hieraan verbonden grote risico's bij de contractssluiting rekening te houden door van het (semi-)dwingend recht afwijkende clausules vooraf ter goedkeuring aan de kantonrechter voor te leggen (zie paragraaf 7.3.3). In dat geval weten beide partijen vooraf waar zij op het gebied van huurrechtelijke consequenties van de leaseovereenkomst aan toe zijn. Gezien het feit dat de kantonrechter zich krachtens art. 7:291 lid 3 BW diepgaand en inhoudelijk verdiept in de aan deze voorgelegde concept operationele leaseovereenkomst wordt op deze wijze het concept aan een zware toetsing onderworpen waarvan de uitkomst recht doet aan de behoefte aan rechtszekerheid van partijen. Eén onderwerp blijft echter onttrokken aan het kritische oog van de kantonrechter: van de dwingendrechtelijke mogelijkheid tot indeplaatsstelling (art. 7:307 BW) van de lessee/huurder kan nimmer worden afgeweken, ook niet door middel van goedkeuring van de kantonrechter. Dit levert derhalve te allen tijde voor de lessor het

5 Daarbij kan Ktr. Delft 30 oktober 1997, *WR* 1999, 18 inspireren, zij het dat deze uitspraak een franchiseovereenkomst betrof waarbij een wat strengere redelijkheid en billijkheidstoets werd gehanteerd vanwege de aard van de franchise-element en de gemaakte afspraken dienaangaande.

risico op dat een financieel sterke lessee plaats maakt voor een lessee met een geringere kredietwaardigheid.[6] Zie over indeplaatsstelling hoofdstuk 10.

4.1.4 Financiële lease

Financiële lease komt minder vaak voor en is anders dan operationele lease want deze variant vertoont kenmerken van huurkoop en een financieringsovereenkomst.[7] Bij financiële lease staat de financiering van een investering van een pand door de lessor centraal. Daarbij gaat het vaak om incourante, zeer specifieke en 'op maat' gestichte objecten met bijzondere vaste gebruikersvoorzieningen die slechts voor beperkte doelgroepen geschikt zijn, zoals gevangeniscomplexen, stadhuizen, gerechtsgebouwen, ministeries, energiecentrales, ziekenhuizen, fabrieken en bedrijfspanden ten behoeve van de voedingsmiddelenindustrie en de vis- en vleesverwerkende industrie. Daarnaast dient men hierbij te denken aan infrastructurele voorzieningen zoals tunnels, bruggen en windmolenparken. Dergelijke objecten hebben veelal een relatief lage marktwaarde in verhouding tot de aanvangsinvestering (de koopsom) of de stichtingskosten (grondkosten, bouwkosten, bijkomende kosten en rente. Dit vraagt om zeer kredietwaardige gebruikers.

In het algemeen zullen gebruikers een dergelijk kostbaar bedrijfspand liever huren dan in eigendom hebben, zodat men kan spreken van een 'off balance'-financiering, een financiering die dus niet al te zeer drukt op de solvabiliteit van de onderneming. Het verhuren van dergelijke incourante panden is evenwel juist niet aantrekkelijk voor beleggers, omdat er een risico op langdurige leegstand bestaat nadat de huurder eventueel vertrekt. Financiële lease biedt in zo'n geval de oplossing. De lessor investeert in het pand en draagt de economische eigendom over aan de lessee. Een variant daarop is dat juist de (toekomstige) lessee het object sticht, het vervolgens in eigendom overdraagt aan de lessor, van wie het weer wordt ('terug')geleast waarbij deze tevens een koopoptie heeft (de zgn. 'sale-lease-back constructie'). Welke variant ook wordt aangewend, de lessee gebruikt het pand en doet gedurende een overeengekomen duur periodieke betalingen, bestaande uit rente en aflossing. Aan het eind van deze duur kan de juridische eigendom aan de lessee worden overgedragen, al of niet door middel van een koopoptie tegen betaling van een symbolisch uitoefenbedrag. De hoogte van de termijnbedragen houden geen verband met de (relatief lage) marktprijzen van vergelijkbare

6 Evers gaat naar mijn mening ten onrechte voorbij aan het probleem van de dwingendrechtelijke voorziening van de indeplaatsstelling, dat de ex-lessee in staat stelt het huurrechtelijk element te gebruiken teneinde de in het object gevoerde onderneming over te dragen aan een derde. Dit geeft deze de mogelijkheid de overeenkomst, ondanks de ommekomst van de totale leaseperiode, nog eens extra financieel uit te ponden, hetgeen voor de lessor bijkans onmogelijk is te verhinderen (zie Evers, p. 35 en 36).

7 Voor een algemene beschouwing zie: W. A. K. Rank, *De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk* , inaug. or. Nijmegen, serie Onderneming en Recht, deel 12.

panden maar met het beoogde rendement van de investering van de lessor, die slechts in de hierboven beschreven omstandigheden bereid is te investeren in een incourant pand.

Omdat het object juist niet meer voorkomt op de balans van de lessor doch op die van de lessee is terecht gekomen is geen sprake van een overtreding van het verbod op fiduciaire eigendomsoverdracht in art. 3:84 lid 3 BW.[8]

4.1.5 Het fiscale aspect van financiële lease

Het onderscheid tussen operationele lease en financiële lease bestaat vanwege bedrijfseconomische en fiscale redenen. Dit onderscheid is afhankelijk van het economisch risico, met andere woorden: het restwaarderisico. Indien de lessee het economisch risico draagt wordt de leaseovereenkomst als financiële lease aangemerkt. Voor de overdrachtsbelasting wordt financiële lease aangemerkt als koop. Indien de lessor het economisch risico draagt is sprake van operationele lease.[9]

De accountant van de lessor en de accountant van de lessee zullen zich bij de interpretatie baseren op de Richtlijnen voor de Jaarrekening, uitgegeven door de Raad van de Jaarsverslaggeving.[10] Deze richtlijnen bieden normen voor de boekhoudkundige verwerking van een leaseovereenkomst. Een leaseovereenkomst voor een onroerende zaak wordt daarin aangemerkt als financiële lease indien sprake is van: 1) een automatische eigendomsovergang van de onroerende zaak aan het einde van een opzegbare contractsduur (= huurkoop) danwel een kooplicht bij beëindiging of opzegging van de leaseovereenkomst; 2) een uitoefenprijs van de koopoptie die ver beneden de marktwaarde van de zaak ligt, waardoor er voor de lessee sprake is van een economische koopplicht; 3) een vaste looptijd van de leaseovereenkomst die meer dan 75% van de resterende economische levensduur bestrijkt; 4) een vaste looptijd van de leaseovereenkomst die korter is dan de economische levensduur, maar een zodanig lage vervolghuur dat sprake is van een economische doorhuurplicht; 5) gezamenlijke contante waarde van de leasetermijnen, restwaardegaranties en boeteclausules van de lessee voor meer dan 90% van de aanvangsinvestering van de onroerende zaak.

Indien aan deze criteria is voldaan, zal de accountant van de lessor de financiële lease van de onroerende zaak in de bedrijfseconomische en fiscale balans moeten activeren. De grootte van de activering zal bestaan uit de totale termijnen inclusief de eventuele

---

8 HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119 m. nt. WMK.

9 Zie hierover nader: R. M. Hermans, *Vermogensrechtelijke aspecten van leasing* , preadviezen Vereniging van Burgerlijk Recht 1997, p. 81 e.v.

10 Voor een algemene beschouwing hierover zie: P. P. Kohnstamm en P. G. M. van Wetten, *Direct en indirect onroerend goed in de jaarrekening van Nederlandse beleggingsinstellingen,* 2e druk, 1992 en R. Burgert, C. W. A. Timmermans, en H. F. J. Joosten, *De jaarrekening nieuwe stijl* , 1e druk, 1992.

slottermijn, doch exclusief financieringskosten in de termijnen. Tegenover de activering door de lessee van de onroerende zaak op zijn balans staat een passivering op de balans van de totale termijnen inclusief renten voortvloeiende uit de lease. Om te voorkomen dat de passivering van de totale rentebedragen tot een eenmalige aftrek leiden van de totale rente wordt de gepassiveerde rente tevens op de actiefzijde van de balans opgenomen. Jaarlijks zal een deel van de geactiveerde rente mogen worden afgeboekt en aldus ten laste van het resultaat van de lessee komen. Voor de wijze van afboeking van geactiveerde rente mag een keuze worden gemaakt tussen enerzijds een afboeking op grond van evenredigheid van het aantal termijnen anderzijds een afboeking op annuïteitenbasis. Er is daarom bij de lessee sprake van een zogenaamde 'on-balance'-financiering.[11]

De lessor activeert de onroerende zaak niet op de balans (hij loopt immers geen economisch risico voor de onroerende zaak). Het aangaan van de leaseovereenkomst zal bij de lessor leiden tot een transactieresultaat. Op de balans van de lessor worden de termijnen van de lease bij de lessor als vorderingen opgenomen. Voor de waardering van de vordering zal de lessor de contante waarde van de vordering opnemen. De opbrengsten van die vordering, de renten, worden door de lessor in de resultatenrekening als interestbaten opgenomen.

4.1.6 De afgrenzing van (zuivere) financiële lease met huur

Zuivere financiële lease, dat wil zeggen een leaseovereenkomst met een juridische koop*plicht* voor de lessee aan het einde van de looptijd is huurkoop (zie hierover paragraaf 4.2). Financiële lease waarbij slechts sprake is van een koopoptie is geen huurkoop omdat de eigendomsoverdracht niet automatisch is, want afhankelijk van de wil van de lessee of deze de koopoptie wel of niet zal inroepen. Bij operationele lease is de eigendomsoverdracht niet beoogd en vanwege deze vorm en strekking (geen automatische eigendomsoverdracht) kan deze vorm nooit een huurkoopovereenkomst zijn. Voor zuivere financiële lease is het huurrecht van in elk geval de categorie detailhandelsbedrijfsruimte niet aan de orde, niet alleen omdat de huurkoper reeds (op grond van de TWHOZ) goederenrechtelijk wordt beschermd, ook en meer in het bijzonder om (vanuit het oogpunt van de wetgever bezien) onwenselijke complicaties (het naast elkaar toepasselijk zijn van twee elkaar deels overlappende en onderling botsende (semi-)dwingendrechtelijke regelgevingen) te voorkomen.

Om zuivere financiële lease/huurkoop uitdrukkelijk van huur af te grenzen was door de huurwetgever in de aanloop naar de per 1 augustus 2003 aanvankelijk, in anticipatie op de aanvaarding en inwerkingtreding van het wetsvoorstel 24 212, in artikel 7:290 lid 1 BW een slotzin opgenomen, zodat dit artikellid in zijn geheel als volgt zou luiden:

---

11 Zie nader: H. H. H. Wieleman, 'De jaarrekening van onroerend goed beleggingsmaatschappijen', *Maandblad voor accountancy en bedrijfseconomie*, 1990/4, p. 114 t/m p. 122.

> De bepalingen van deze afdeling zijn van toepassing op huur en verhuur van bedrijfsruimte, tenzij de huurovereenkomst tevens voldoet aan de omschrijving van huurkoop van onroerende zaken al bedoeld in artikel 7.1.12.1.

Deze (eerste) versie van artikel 7:290 lid 1 BW is uiteindelijk niet in werking getreden[12]. Bij de vaststelling van afdeling 7.4.6 BW, het nieuwe huurrecht detailhandelbedrijfsruimte (bij Wet van 21 november 2002[13], uitgegeven op 19 december 2002) is de slotzin de facto geschrapt omdat het artikel XII van deze Wet bepaalt dat tot de inwerkingtreding bij Koninklijk Besluit van het op 8 juni 1995 ingediende wetsvoorstel en invoering van afdeling 7.1.12 (huurkoop onroerende zaken) van het NBW, artikel 7:290 lid 1 BW als volgt luidt:

> De bepalingen van deze afdeling zijn van toepassing op huur en verhuur van bedrijfsruimte.

Tot het door de wetgever beoogde moment heeft het niet mogen komen, omdat dit wetsvoorstel op 26 april 2004 door de Minister is teruggenomen onder de mededeling dat een nieuw wetsvoorstel zal worden voorbereid (zie hierover nader paragraaf 4.2.4). Het gevolg hiervan is dat deze (tweede) versie van artikel 7:290 lid 1 BW per 1 augustus 2003 in werking is getreden[14]. Ik maak bij deze kennelijke poging van de wetgever huur en huurkoop op een zinnige wijze op elkaar aan te sluiten, drie kritische kanttekeningen, waarvan de eerste van principiële aard is en de andere twee van praktische aard zijn.

Ondanks het feit dat het wetsvoorstel 24 212 per brief d.d. 26 april 2004 door de Minister is teruggenomen is het aannemelijk dat deze specifieke anticumulatieregel op zeker moment in de toekomst, gelijktijdig met de inwerkingtreding van een nieuwe huurkoopwetgeving, zal gaan gelden. Tot dat moment blijft de TWHOZ en daarmee de tweede versie van art. 7:290 lid 1 BW, bestaan. Opmerkelijk is dat sedert 1 augustus 2003 op dit punt een principiële leemte lijkt te bestaan, waarin de (32 jaar oude) algemene strekkingsbepaling van art. 1 lid 2 TWHOZ behoort te voorzien (welke bepaling in de nieuwe huurkoopwetgeving niet meer zal terugkeren; daarin beoogt juist de nieuwe slotzin van art. 7:290 lid 1 BW te voorzien). Art 1 lid 2 TWHOZ luidt als volgt:

> Alle overeenkomsten, welke dezelfde strekking hebben, onder welke benaming ook aangegaan, zijn aan de voorschriften van deze wet onderworpen.

---

12 P. Abas (Asser-Abas, deel 5-IIA (Huur), 2004 p. 221) en A. S. Rueb, H. E. M. Vrolijk en E. E. de Wijkerslooth-Vinke (*Huurrechtmemo 2004/2005*, p. 166 en *Het nieuwe huurrecht, per artikel verklaard*, p. 162), gaan abusievelijk ervan uit dat de slotzin wél in werking is getreden.

13 Stb. 2002, 588.

14 Stb. 2003, 230.

Deze bepaling legt vast dat alle overeenkomsten welke dezelfde strekking (van huurkoop) hebben, maar wellicht onder een andere vlag in het verkeer zijn gebracht, toch als huurkoop worden aangemerkt en derhalve aan de (overwegend dwingendrechtelijke) voorschriften van de TWHOZ zijn onderworpen[15]. De evidente bedoeling daarvan is ongerechtvaardigde ontwijking c.q. ontduiking van de dwingendrechtelijke TWHOZ-bescherming door huurverkopers (ten behoeve van met name particuliere woonruimtehuurkopers) te voorkomen. Art. 1 lid 2 TWHOZ is daarmee strikt genomen van een andere aard dan de anticumulatiebepaling van de (beoogde) slotzin van art. 7:290 lid 1 BW. De laatste bepaling heeft immers specifiek betrekking op detailhandelsbedrijfsruimte en komt om deze reden zelfstandige betekenis toe voor afdeling 7.4.6 BW. Bovendien sluit de (beoogde) anticumulatiebepaling tekstueel uitdrúkkelijk huurkoopovereenkomsten van huurrechtelijke huur(prijs)bescherming uit. Art. 1 lid 2 TWHOZ is als genusbepaling algemener geformuleerd en ontbeert deze expliciete tekst en strekking. Aldus verhouden art. 1 lid 2 TWHOZ en art. 7:290 lid 1 BW slotzin zich tot elkaar als een genusbepaling, geschoeid op particuliere leest, tot een species gericht op de detailhandel.

Dan de praktische kant. Uit de Parlementaire Geschiedenis kan worden afgeleid dat, zoals hierboven reeds is aangeduid, bij huurkoop de goederenrechtelijke bescherming van de huurkoper afdoende is en dat aan huurrechtelijke bescherming met betrekking tot de regeling voor detailhandelsbedrijfsruimte daarom geen behoefte is.[16] Dit acht ik vanuit principieel oogpunt op zichzelf beschouwd juist. Echter, bij een huurkoopovereenkomst welke niet geconsumeerd is omdat de huurkoper zijn koopplicht c.q. afnameplicht niet gestand doet, kan dit anders uitpakken in het geval van detailhandelsbedrijfsruimte. Immers, in een dergelijk concreet geval, kortweg inhoudende dat de huurkoper de laatste termijn niet betaalt, de eigendom dus niet overgaat en de huurverkoper tot ontbinding van de huurkoopovereenkomst overgaat, is van huurkoop geen sprake meer en kan het huurrecht vrijelijk in beeld komen als mogelijke titel van het aansluitende gebruik. Indien de voormalige huurkoper als gebruiker in de detailhandelsbedrijfsruimte blijft en zich op huur(prijs)bescherming beroept, niet alleen onder verwijzing naar de beëindigde huurkoopovereenkomst maar tevens naar de (vele) reeds betaalde termijnen, de jarenlang opgebouwde locatiegebonden goodwill en de wellicht inmiddels verrichte investeringen, is het niet onaannemelijk dat, gehinderd door art. 7:290 lid 1 slotzin BW noch art. 1 lid 2 TWHOZ, dwingendrechtelijke en/of semi-dwingendrechtelijke huurrechtelijke elementen pregnant in beeld komen en het gebruik door de kantonrechter worden gekwalificeerd als huur van detailhandelbedrijfsruimte.

Dit laatste brengt mij overigens op het tweede praktische punt. Vastgesteld kan worden dat de voorgenomen anticumulatiebepaling te zijner tijd slechts gelding krijgt voor

15 Zie H. W. Heyman, *Handboek Leasing* , Losbladige uitgave, B1.7 onder pt. 1.2 en pt. 4.1.
16 Kamerstukken II 1999/2000 26 932, nr. 3, p. 3 en 4.

afdeling 7.4.6 BW; voor de categorie detailhandelsbedrijfsruimte derhalve. Voor de categorie 'overige bedrijfsruimte' ontbreekt het voornemen een dergelijke bepaling in art. 7:230A BW op te nemen. Wellicht is dat door de wetgever vergeten. Hoe het ook moge zijn, dit betekent dat bij het in werking treden van de nieuwe huurkoopwetgeving de pendant van art. 7:290 lid 1 BW in art. 7:230A BW zal ontbreken. Bij gebreke van een commune strekkings- of anticumulatiebepaling zoals die van art. 1 lid 2 TWHOZ zal het dus vanuit het oogpunt van wetssytematiek mogelijk worden dat de dwingendrechtelijke regelgeving van huurkoop en die van huur terzake van 'overige bedrijfsruimte' naast elkaar bestaan, althans slechts wordt getoetst op de lichte toetsing van de slotzin van art. 6:215 BW. Het probleem is dat van huurkoop juist in deze categorie vaak sprake is, immers vooral panden van de 'overige bedrijfsruimte'-categorie worden financieel geleast. Het gaat dus om een relatief grote groep objecten. Nu bevat art. 7:230A BW weliswaar geenszins de betrekkelijk fijnmazige semi-dwingendrechtelijke regeling als waarvan in art. 7:290 e.v. BW sprake is, doch opmerkelijk blijft het ontbreken van een voorgenomen specifieke anticumulatieregel in art. 7:230A wel. Immers, omdat de wetgever de slotzin van art. 7:290 lid 1 BW onder de vigeur van de nieuwe huurkoopwetgeving kennelijk noodzakelijk achtte voor detailhandelsbedrijfsruimte, zou zij dat toch zeker ook noodzakelijk moeten hebben geacht voor de categorie 'overige bedrijfsruimte'. Ook in deze leemte had de wetgever vanuit het oogpunt van wetssystematiek moeten voorzien.

Aldus is sprake van een opmerkelijke leemte in de huidige en de beoogde toekomstige huurkoopwetgeving waarin de wetgever had behoren te voorzien, welke leemte een principieel aspect heeft doch bovenal praktische consequenties. De invulling daarvan had de wetgever kunnen realiseren door niet alleen in art. 7:290 lid 1 BW doch tevens in art. 7:230A BW een anticumulatieregel op te nemen waarvan de geldigheid niet afhankelijk is van het moment van invoering van de nieuwe huurkoopwetgeving. De thans geldende algemene strekkingsbepaling van art. 1 lid 2 TWHOZ is niet zodanig specifiek dat deze tevens uitdrukkelijk voorziet in de situatie waarin de huurkoopovereenkomst (bijv. in een late fase daarvan) niet geconsumeerd en beëindigd is. Nu er wellicht toch wat voor valt te zeggen dat de gebruiker van een detailhandelsobject na een door de huurverkoper ontbonden huurkoopovereenkomst huur(prijs)-bescherming toekomt, dient dit aspect alsnog bij de toekomstige behandeling van het nieuwe huurkoopwetsontwerp (dat een liberaal karakter zal hebben) te worden betrokken en onderwerp van principieel debat te worden. Met name het ontruimen van een gebruiker van een detailhandelsbedrijfsruimte na een door de huurverkoper beëindigde huurkoopovereenkomst kan onder bijvoorbeeld de hierboven opgesomde omstandigheden ten minste strijd met de redelijkheid en billijkheid opleveren. Opgebouwde goodwill gaat verloren. Gerealiseerde investeringen in het object kunnen niet meer worden terugverdiend.[17] Vanuit de strekking van de (semi-)dwingendrechtelijke huur- (prijs)beschermingsbepalingen van afdeling 7.4.6 BW en vanuit de liberaliserende strekking van de nieuwe huurkoopwetgeving moet serieus worden onderzocht of politiek draagvlak bestaat deze gebruiker onder bepaalde en nader te

definiëren omstandigheden de status van huurder van detailhandelbedrijfsruimte te geven en derhalve bescherming toe te kennen.

4.2 Huurkoop

4.2.1 Inleiding

Huurkoop van een onroerende zaak is een speciale vorm van koop op afbetaling.[18] Het is een tussenvorm van huur en koop. Het huurelement bestaat uit het feit dat de koper de beschikking krijgt over de onroerende zaak en vervolgens een periodieke vergoeding daarvoor betaalt. Het koopelement bestaat uit het feit dat het gebruik plaatsvindt in het kader van de automatische eigendomsoverdracht. Voor huurkoop van onroerende zaken bestond aanvankelijk geen specifieke wettelijke regeling. De huurkoper ontbeerde deugdelijke bescherming. Als reactie daarop is er in 1973 wetgeving gekomen die uiteindelijk als te star zijnde aan debat onderhevig is geweest. Daarna is er wetgeving ontworpen die voor een verregaande vorm van liberalisering (flexibiliteit) moest zorgen. Het wetsontwerp is echter uiteindelijk niet tot wet verheven en door de Minister ingetrokken. De parallel met de ontwikkeling van huurwetgeving dringt zich op (zie paragraaf 10.2), op grond waarvan het interessant is van de wetsgeschiedenis op het terrein van huurkoop op hoofdlijnen kennis te nemen. Ook voor een goed begrip van de aard en strekking van het leerstuk 'huurkoop' is enig inzicht in de achtergrond van de ontwikkeling van huurkoop vereist.

Partijen komen bij huurkoop overeen dat de koopprijs wordt betaald in termijnen en dat de eigendomsoverdracht zal plaatsvinden na voldoening van twee of meer termijnen die zullen verschijnen nadat de zaak eerder reeds aan de koper was afgeleverd (art. 1 TWHOZ) . Een versie hiervan is, zoals hierboven, onder paragraaf 4.1.6 is beschreven, de zuivere financiële leaseovereenkomst.[19] De inhoud van de huurkoopovereenkomst is vormvrij, maar de partijen zijn verplicht eraan mee te werken dat de huurkoopovereenkomst wordt vastgelegd in een notariële leveringsakte, die wordt ingeschreven in de notariële registers. Door deze inschrijving is de huurkoper beschermd tegen een na de inschrijving gerealiseerde vervreemding, bezwaring met bijvoorbeeld een hypotheek, verhuring en gelegde beslagen waarvan het proces-verbaal wordt ingeschreven na de inschrijving van de huurkoopovereenkomst e.d. Op de huurverkoper rust een uitdrukkelijk verplichting aan de notariële akte tot levering mee

17 Bovendien heeft een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking slechts onder (zeer) bijzondere omstandigheden kans van slagen, zo is recentelijk bevestigd in HR 25 juni 2004, JHV 2004, 9, nr. 287.

18 Zie voor een algemeen overzicht: D. L. Rodrigues Lopes, *Onroerende zaken, gebruik, financiering en belegging,* Deventer, 1995, en voor een diepgaander en theoretische beschouwing: J. W. A. Hockx, *Koop en levering van vastgoed* , 1e druk, editie 2003/2004, 2003, p. 40 e.v.

19 E. de Meyer, 'Huurkoop en finance lease van onroerend goed', *Vastgoedrecht* 1998, nr. 6, p. 181 t/m 184.

te werken zodra de huurkoper de gehele koopsom met de daarover verschuldigde rente en de kosten die voor zijn rekening komen, heeft voldaan. De huurkoper heeft het recht van gebruik van het object reeds voordat de eigendom aan deze wordt overgedragen. Er zijn ten behoeve van deze gebruiksperiode enkele dwingendrechtelijke voorschriften die sterke gelijkenissen met huur en verhuur vertonen, zoals het verbod om de gedaante en inrichting te wijzigen, het verbod om het gebruik aan anderen af te staan en de verplichting om het te gebruiken overeenkomstig de bestemming. Huurkoop geeft de gebruiker wel enige onzekerheid over de uiteindelijke omvang van zijn investering. Bij verwerving van de juridische eigendom is deze 6% overdrachtsbelasting verschuldigd over de waarde van het object ten tijde van de juridische levering. Die waarde van het object op dat moment is bij aanvang van de huurkoopovereenkomst onbekend en het bedrag dat met de overdrachtsbelasting gepaard gaat dus eveneens niet zeker.

In het algemeen biedt huurkoop (gelijk als een zuivere financiële leaseovereenkomst), vergeleken met de hierboven behandelde andere leasevarianten de huurkoper optimale bescherming. De notariële akte biedt de lessee met name zekerheid ten opzichte van de rechten van derden door middel van de in de openbare registers ingeschreven notariële akte. Ingeval de huurkoopovereenkomst onverwacht als huurovereenkomst wordt aangemerkt (bijvoorbeeld omdat de voor huurkoop essentiële automatische eigendomoverdracht ontbreekt) bieden de wettelijke mogelijkheden van indeplaatsstelling gevolgd door nadere huurprijsvaststelling van de opvolgende gebruiker de gebruiker/huurder de nodige flexibiliteit de onderneming voor een gunstige prijs over te dragen.

4.2.2 Historische ontwikkeling

Voor de wetgeving inzake huurkoop gold aanvankelijk de regeling van koop op afbetaling van roerende zaken, zoals in 1936 opgenomen in het toenmalige art. 7A:1576 BW. Huurkoop werd onder de vigeur van de Huurwet van 1950 ook wel gebruikt als huurontduikingsconstructie waarbij de toepasselijkheid van dwingendrechtelijke regels van de Huurwet werd voorkomen.
Huurkoop is als vorm van koop op afbetaling in de periode 1960 -1970 vooral populair geworden onder diegenen die vanuit het oogpunt van financieel gewin aan toestromende gastarbeiders huisvesting wilden bieden. Voordeel van huurkoop voor deze sociaal-economisch zwakkeren was dat de (hoge) kosten van het aangaan van een hypotheek konden worden uitgespaard en dat deze als huurkopers bij aanvang van de huurkoopovereenkomst het gebruik van het object bezaten doch eerst bij levering de overdrachtsbelasting verschuldigd waren. Er waren evenwel ook grote nadelen aan huurkoop van onroerende zaken verbonden. Zo was in de meeste huurkoopaktes een verhuurverbod opgenomen alsook een verbod op vervreemding en bezwaring. Doch daarbij bleef het niet. Indien de huurkoper vlak vóór het betalen van de laatste termijn niet aan zijn laatste verplichtingen kon voldoen kon de overeenkomst door de huurverkoper worden ontbonden. Er moest worden ontruimd en inmiddels gerealiseerde

investeringen gingen verloren. Juist vanwege de uitgestelde levering kon het ook gebeuren dat de huurverkoper tussentijds het object aan een derde had geleverd of dat er (al of niet in samenhang daarmee) beslag ter verzekering van levering aan deze derde op het object was gelegd. Ook executie wegens hypothecaire overbelasting door de huurverkoper, diens faillissement of een overlijden van de huurverkoper waarna diens nalatenschap failliet was verklaard kon levering verhinderen, omdat de huurkopers geen enkele zakelijke zekerheid hadden. Bovendien waren er in de voor gastarbeiders moeilijk leesbare contracten vele addertjes onder het gras verscholen: met name weinig inzichtelijke clausules met sterk oplopende rentebedingen en indexeringsregelingen waren schering en inslag.[20]

Na het zgn. 'Investa-debacle' (1966) waarin de hypotheekhouder van de noodlijdende projectontwikkelaar Investa over ging tot executie van de door de huurkopers gekochte (maar nog niet aan hen geleverde) woningen was de maat voor de wetgever vol.[21] De huurkopers in die affaire ontbeerden een deugdelijke juridische bescherming hetgeen als maatschappelijk onaanvaardbaar werd geacht. Voor de evaluatie van deze en andere uitwassen van het fenomeen 'huurkoop' stelde de Regering in 1970 de 'Commissie Huurkoop Onroerend Goed' aan, onder leiding van P. A. Stein.

4.2.3 De TWHOG

Vóórdat de Commissie-Stein met haar rapport gereed was, werd reeds een tijdelijke wet aangenomen, de 'Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerend Goed' van 21 juni 1973, die verdergaande (zakenrechtelijke) bescherming aan huurkopers bood dan het uiteindelijk rapport van de Commissie Stein dat eerst in 1976 gereed was. De TWHOG had als strekking: een sterke bescherming van de huurkoper en de betrokkenheid van een makelaar en een notaris als deskundigen die deze bij het aangaan van de huurkoopovereenkomst behoorden te begeleiden. In 1973 had de wet slechts betrekking op woningen. In 1975 werd de strekking uitgebreid tot alle onroerende zaken, dus ook tot commercieel vastgoed, hoewel voor deze uitbreiding geen echte noodzaak bestond. De wet voorzag ten eerste in een verplichting van de aanwezigheid van een taxatierapport van een makelaar op grond waarvan kon worden vastgesteld dat de huurkoopsom volgens deze deskundige realistisch was. Voorts was daarin (art. 2 lid 1) opgenomen de mogelijkheid dat één der partijen (uiteraard in de meeste gevallen de huurkoper) kon verlangen dat van de huurkoop een notariële akte werd opgemaakt die bovendien in de kadasters kon worden ingeschreven (art. 5 lid 3).[22] Deze voorziening had ten doel: zekerstelling van – onbezwaarde – levering na betaling van de laatste termijn, zodat deze, als gevolg van deze blokkerende werking, niet door bijvoorbeeld faillissement van

20 Zie nader: M. H. Kronenberg, *Maandblad voor het Notariaat* (MvhN), 1971, p. 173.

21 Zie over de achtergronden van deze affaire: 'Investa, woningen met schuldig gebleven koopsom', *Consumentengids* , september 1966, p. 276 e.v.

22 Zie voor een nadere achtergrondbeschouwing: J. C. van Straaten, *Kadaster, openbare registers en derdenbescherming* , serie Recht en Praktijk dl. 59, (1993) p. 50 en p. 82.

de huurverkoper of levering aan een derde na dubbele verkoop kon worden verhinderd.[23] Bovendien bevatte de wet een betrekkelijk ruime bedenktijd ('afkoelingsperiode') voor de huurkoper vanaf het moment van toezending van de ontwerp-huurkoopakte aan deze, binnen welke deze de huurkoop kon vernietigen.[24] Daarnaast voorzag de wet in een verbod op de gehekelde boetebedingen, alsook in de mogelijkheid van tussentijdse wijzigingsmogelijkheden voor de huurkoper (art. 9) en het verbod daarop voor de huurverkoper. Tenslotte was de vervroegde aflossingsmogelijkheid met renterestitutie een aspect van de wet dat in het voordeel van de huurkoper werkte (art. 12).

Het resultaat van deze dwingendrechtelijke wettelijke regeling was meteen merkbaar: woningen werden sedertdien nauwelijks meer krachtens huurkoop verkocht. Aldus had de TWHOG haar doel bereikt.

4.2.4 De behoefte aan flexibiliteit

TWHOG wordt TWHOZ
Bij de wetgevingsoperatie in verband met het NBW en de bijbehorende terminologische wijzigingen werd de wet in 1992 hernoemd tot 'Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerende Zaken'. In die tijd was door een lobby onder andere vanuit de ROZ (Raad van Onroerende Zaken) bij de wetgever het besef gerezen dat voor een bepaalde sector van het commercieel vastgoed huurkoop (zoals aangeduid in paragraaf 4.1.4) een interessante financieringsvorm was, maar dat huurkoop hiertoe de facto onmogelijk was vanwege de TWHOZ (c.q. de strekkingsbepaling daarvan, art. 1 lid 2), die in 1973 juist was geschreven voor de bescherming van huurkopers van wóningen. Kort gezegd: de TWHOZ bevatte een onevenwichtige afweging van belangen in het nadeel van de huurverkoper.[25] Daarbij zij aangetekend dat ook het besef was gerezen dat de TWHOZ niet primair voor huurkoop in de branche van commercieel vastgoed was bedoeld en de uitbreiding van 1975 geen valide reden had gehad. Als formele, maatschappelijk meer aanvaardbare argumenten werden evenwel gebruikt dat er geen spanning op de woningmarkt meer was en dat de gemiddelde koper mondiger was geworden.

Wetsvoorstel 24 212
Ter versoepeling van de als te star ervaren TWHOZ werd onder deze argumenten in 1995 wetsvoorstel 24 212 bij de Tweede Kamer ingediend. Welbeschouwd was het wetsvoorstel 24 212 een ontmanteling van de TWHOZ.[26] Wat in de kern overbleef was het handhaven c.q. verbeteren van de eis van de (voor inschrijving vatbare, art. 7.1.12.3) notariële akte en de voorgeschreven elementen ervan (art. 7.1.12.2), zoals

23 Zie voor een algemene beschouwing: J. W. A. Hockx, *Koop en levering van vastgoed*, eerste druk, editie 2003/2004, p. 182 e.v. en Asser-Mijnssen, 3-III (Zakenrecht), p. 243/244.
24 Zie voor enkele schaarse voorbeelden daarvan: Rb. Amsterdam 30 oktober 1991, *WR* 1992, 3 en HR 15 maart 1996, *NJ* 1996, 639.
25 A. A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 1e druk, 2003, p. 406.
26 Kamerstukken II 1994/1995 24 212, nr. 4, p. 10.

de koopsom, het betalingsschema en de verschuldigde rente, alsook de informatieplicht van de notaris dienaangaande. De mogelijkheid voor de huurkoper de huurkoopovereenkomst welke nog niet in een notariële akte heeft geresulteerd, nietig te verklaren kwam niet in het wetsvoorstel terug. Daarmee verviel ook de beschermende taak van de notaris: een huurkoper die zich immers reeds definitief heeft gebonden valt niet meer te beschermen. Ook het vereiste van het makelaarsrapport was geschrapt. De invloed van de deskundigen werd dus in zijn algemeenheid sterk teruggedrongen: de makelaar verdween en de notaris restte slechts een voorlichtende functie.[27]

Kritiek op wetsvoorstel 24 212
Het was de bedoeling dat de nieuwe huurkoopregeling zou komen te vallen onder de vigeur van de nieuwe wettelijke regeling van titel 7.12 die de TWHOZ uit 1973 zou vervangen teneinde huurkoop verregaand te liberaliseren.[28] Juist vanwege deze beoogde verregaande liberalisering heeft het zover niet mogen komen. Aanvankelijk ontstond vertraging omdat de wetgever, teneinde het gebrek aan huurkopersbescherming in zijn algemeenheid op te vangen wilde afwachten op de inwerkingtreding van met name de artt. 7:2 BW en 7:3 BW (wetsontwerp 23 095) die uiteindelijk eerst na langdurig debat per 1 september 2003 in werking zouden treden.[29] Maar al in een eerder stadium werd het wetsvoorstel in de Eerste Kamer aan zware kritiek onderworpen, waarna de Minister het per brief van 26 april 2004 heeft teruggenomen.[30] De kritiek was met name erin gelegen dat de bescherming van huurkopers van woningen grotendeels zou wegvallen, met name omdat zij op geen enkele wijze hen onwelgevallige bedingen na contractssluiting zouden kunnen aantasten, waaraan met name bij de op voorhand weinig inzichtelijke indexeringsclausules behoefte bleef bestaan. Ook ontbrak het aan systematische aansluiting op de nieuwe huurwetgeving (titel 7.4 boek 7 BW) zoals deze per 1 augustus 2003 in werking was getreden.

4.2.5 Van flexibiliteit naar inflexibiliteit

Zoals onder paragraaf 2.2 is uiteengezet is bij de wetgeving voor huurrecht bedrijfsruimte sedert 1995 een identieke ontwikkeling als bij huurkoop te bespeuren. Daar waar de wetgeving in 1995 een verregaande liberalisering ten doel had met het toenmalige wetsvoorstel 24.150 (Wet van 28 april 1995) is deze in een later stadium wegens gebrek aan maatschappelijk draagvlak ingetrokken, waarna nieuwe huurregelgeving is ontworpen waarin de aanvankelijk beoogde verregaande liberalisering voor huurrecht bedrijfsruimte maar uiterst mondjesmaat was te herkennen. Gelijk als in het huurrecht bedrijfsruimte als bij de wettelijke regelgeving over huurkoop worstelt de wetgever met

27 Zie: Zie J. W. A. Hockx, *Koop en levering van vastgoed* , eerste druk, editie 2003/2004, p. 184 e.v. en A. A. van Velten, 'De tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken gekortwiekt: gevolgen voor de verkoop van woningen', *WPNR* 6189 (1995), p. 508.
28 Wetsvoorstel 24 212.
29 Zie nader: P. L. M. Maas, 'Huurkoop onroerende zaken', *WPNR* 6189, 1995, p. 503.
30 Kamerstukken I 2002/2003, 24 212, nr. 209, p. 8.

het vinden van een werkbare balans tussen de economisch zwakkere en de economisch sterke contractspartij. In paragraaf 4.5 kom ik daarop terug.

4.2.6 Rechtsvergelijking België

In België heeft leasing sinds 1965 een hoge vlucht genomen.[31] Anders dan in Nederland heeft de wetgever in België in 1967 bepaalde kenmerken van leasing opgesomd in een Koninklijk Besluit:[32]

1° Zij dient betrekking te hebben op bedrijfsmaterieel dat door de huurder uitsluitend voor beroepsdoeleinden wordt gebruikt.
2° Het materieel dient door de verhuurder speciaal met het oog op de huur te worden gekocht, en dit op gespecificeerde aanwijziging van de toekomstige huurder.
3° De in het contract bepaalde huurtijd dient overeen te stemmen met de vermoedelijke duur van het bedrijfsgebruik van het materieel.
4° De huurprijs dient zo te worden vastgesteld dat de waarde van het gehuurde materieel erdoor wordt afgeschreven over de in het contract bepaalde huurtijd.
5° Het contract dient ten behoeve van de huurder in de mogelijkheid te voorzien op het einde van de huur de eigendom van het gehuurde materieel te verwerven, tegen betaling van een prijs die in het contract wordt bepaald, een prijs welke dient overeen te stemmen met de vermoedelijke residuale waarde van dat materieel.

In 1992 werd het financiële leasebegrip specifiek aangaande onroerende zaken als volgt gedefinieerd: [33]

De onroerende financieringshuur is een contract zoals bedoeld in de art. 9 2° lid 2° en 44 § 3,2° b van het (BTW) wetboek, wanneer zij voldoet aan de volgende voorwaarden:
1° Het contract moet betrekking hebben op gebouwde onroerende goederen die opgericht of verkregen worden door de onderneming die gespecialiseerd is in financieringshuur of onroerende leasing, overeenkomstig de gespecificeerde aanwijzingen van de toekomstige leasingnemer om door hem in de uitoefening van zijn werkzaamheid als belastingplichtige te worden gebruikt.
2° Het genot van de gebouwen en van de grond waarop ze zijn opgericht moet aan de leasingnemer worden toegestaan op grond van een niet-opzegbaar en niet-eigendomsoverdragend contract.
3° De leasingnemer moet de mogelijkheid hebben om bij het einde van het contract, tegen een prijs waarvan de vaststellingscriteria in dat contract zijn bepaald, de

31 L. Vincent en P. Dehan, 'Le Statut legal du leasing', *Journal des Tribunaux*, 3 februari 1968, p. 613-614 en I. Verougstraete, 'Le contrat de leasing', *Revue de la Banque*, 1969, blz. 613 e.v.
32 Artikel 1 van het Koninklijk Besluit nr. 55 van 10 november 1967.
33 Artikel 1 (nieuw) van het Koninklijk besluit nr. 30 van 29 december 1992.

zakelijke rechten over te nemen die de leasinggever bezit op de goederen die het voorwerp zijn van de overeenkomst.

4° Het totale bedrag van de sommen die door de leasingnemer moeten worden betaald tijdens de duur van het contract en ingevolge de eventuele lichting van de onder 3° bedoelde optie, moet het de leasinggever mogelijk maken het geïnvesteerde kapitaal, verhoogd met de interesten en de financiële lasten van de verrichting, integraal weder samen te stellen.

Uit de Belgische rechtspraak blijkt dat deze definiëring in het Koninklijk Besluit algemeen is aanvaard.[34]
In 1979 heeft de Belgische wetgever een wetsontwerp behandeld dat leasing zou reglementeren omdat deze: '… materie (…) zo belangrijk is geworden en frequent voorkomt in onze samenleving'.[35]

Een algemene omschrijving van de leasingovereenkomst zou worden opgenomen in art. 1711 BW (waarin ook de huur- en de pachtovereenkomst worden gedefinieerd), in het vervolg waarvan art. 1777 BW een definitie zou geven van onroerende leasing. Helaas bleek voor de wetgever de materie van de lease toch niet zo belangrijk dat dit leidde tot daadwerkelijke invoering van het wetsontwerp. De Kamer van Volksvertegenwoordiging wees het af en tot een ander ontwerp is het nooit gekomen.

Verougstraete[36] vindt het kenmerk van operationele leasing:

> … in elk geval een gebruiksrecht tegen vergoeding op financieringsbasis zonder het oogmerk van uiteindelijke eigendomsoverdracht.

Merchiers definieert financiële leasing in algemene zin – overeenkomstig het wetsontwerp – als volgt:

> Leasing is de overeenkomst waarbij een kredietinstelling, na een goed te hebben gekocht op aanwijzing van de gebruiker, dit goed aan deze gebruiker verhuurt, met de mogelijkheid om op het einde van het huurcontract de eigendom over het goed te verwerven.[37]

Het 'oogmerk'-criterium is volgens Verougstraete van belang om het onderscheid met financiële lease te kunnen maken. Het Hof van Beroep in Brussel bepaalde op 25 mei

---

34 E. Brewaeys, *Leasing van roerende goederen*, Antwerpen: Uitgeverij Kluwer rechtswetenschappen, 1985, p.

35 MvT, 22 mei 1979, Gedr. St. nr. 120/2.

36 Verougstraete, I., 'Privaatrechtelijke aspecten van finance leasing in België', *Ts.v.Pr.*, nr. 4, 1973, blz. 741-780.

37 Y. Merchiers, 'Overzicht van rechtspraak 1977-81, Bijzonder en afwijkend Handelsrecht', *Tijdschrift voor Privaat Recht* 1982, p. 784.

1983[38] dat vastgoedleasing of financieringshuur een originele transactie is van financiële aard die gebaseerd is op het model van de huurovereenkomst. Het Hof stelde dat het kenmerk van een leasingovereenkomst is dat één van de partijen zich ertoe verbindt vastgoed te verkrijgen, overeenkomstig de plannen die zijn voorgesteld door de wederpartij waaraan hij tevens het vruchtgebruik van het goed toekent, in ruil voor een vergoeding die gelijk is aan de rente op het kapitaal dat hij investeert in het goed. In een latere uitspraak van 25 september 1985[39] bepaalde het Hof dat *vastgoed*leasing een 'symbiose' is tussen verhuur en financiering en dat het een autonome en ondeelbare overeenkomst *sui generis* is. In deze uitspraak werd door de rechter aangehaald dat geen wettelijke regeling voor de vastgoedlease bestaat, maar dat een dergelijke overeenkomst door de wil van partijen wordt beheerst.

Het Belgische financiële leasebegrip bevat – uiteraard – de optie tot koop. Deze optie tot koop dient (ook in België) reëel te zijn. Zowel juridisch als economisch dient de lessee vrij te zijn om niet te kopen, om de optie niet in te roepen. Er mag geen juridische koopplicht op de lessee rusten. En de tegenprestatie voor de eigendomsverkrijging mag niet zodanig laag zijn dat er geen sprake meer is van een reële koopprijs.[40] Zuivere financiële lease, huurkoop derhalve, wordt in België benoemd als koop-verkoop met uitgestelde overdracht van de eigendom oftewel verkoop op afbetaling.[41] De wettelijke regels met betrekking tot de koop-verkoopovereenkomst zijn hierop integraal van toepassing.[42] Indien er wel sprake is van een koopplicht is er geen sprake van leasing maar van huurkoop.[43] Huurkoop wordt derhalve in België strikt gescheiden gehouden van 'gewone' financiële leasing.

De in België ontwikkelde jurisprudentie aangaande kwalificatiekwesties van financiële leaseovereenkomsten staat in het teken van de in voormelde uitspraak ontwikkelde anticumulatieregel, die echter nimmer is gecodificeerd.[44]

---

38 Brussel, 25 mei 1983, Rec. gen. Enr. Et. Not., 1984, 267, obs.

39 Brussel, 25 september 1985, Pas., 1985, II, 183, o.c.

40 H. Beckman e.a., *Onroerend goedleasing*, Kluwer Bedrijfswetenschappen, 1990, p. 61.

41 Zie o.a. E. Brewaeys, p. 13 en p. 17-21; H. Beckman & A. W. A. Joosen, *Leasing van roerend en onroerend goed,* Leiden/Antwerpen: H. E. Stenfert Kroese BV, 1988.p. 201.

42 Zie voor een analoog voorbeeld het Instituut Contractenrecht, Koop, Algemene begrippen, http://www.law.kuleuven.ac.be/contractenrecht/koop%20hoofdstuk1.html, bijgewerkt t/m mei 2004: 'De benaming die partijen aan de overeenkomst geven is niet beslissend. Het hoort de rechter toe te zeggen om welke contractuele figuur het gaat. Ook al *noemen* partijen een overeenkomst huurverhuur, waarin een belofte tot verkoop voorkomt en waarbij zal rekening gehouden worden met de huurbetalingen in die zin dat het geheel van de huurbetalingen overeenkomt met de koopprijs, dan zal deze overeenkomst door de rechter toch worden beschouwd als een koop-verkoop met eigendomsvoorbehoud en niet als een verhuring'.

43 E. Brewaeys, p. 13.

44 Zie hierover nader: Pauwels, nr. C-II-3-5 e.v.

Anticumulatie met zuivere financiële lease/huurkoop
In België ontbreekt een wettelijk voorschrift zoals het Nederlandse art.1 lid 2 van de TWHOZ omdat huurkoop wordt gekwalificeerd als koop-verkoop met uitgestelde overdracht van de eigendom. Van een mogelijke samenloop van huur- en huurkoopbepalingen is derhalve in België geen sprake. De huurkoper geniet de bescherming die de commune wettelijke koopregeling biedt, aangevuld door de mogelijkheden van het overeenkomstenrecht en speciale wetgeving welke de bescherming toespitst op een bepaald rechtsgebied. Van een specifieke huurkoopwetgeving is in België geen sprake en derhalve ontbreekt de noodzaak van een wettelijke anti-cumulatieregeling teneinde fricties met huurwetgeving te voorkomen; die fricties zijn er immers niet.

Anticumulatie met 'gewone' financiële lease
Het is interessant een duik te nemen in de financiële lease/huur-jurisprudentie, omdat in België niet bij zuivere financiële lease/huurkoop doch juist bij 'gewone' financiële lease de toepasselijkheid van huurbescherming uiterst kritisch tegemoet wordt getreden. Over de combinatie huur en (gewone) financiële lease deed het Hof van Beroep op 22 februari 1983[45] een uitspraak. Het Hof oordeelde dat:

> … dit contract in feite geen huur van zaken is, daar de specifieke prestaties van een dergelijke overeenkomst (aan de huurder het genot verschaffen van een zaak gedurende een bepaalde tijd, mits de huurder zich verbindt een bepaalde prijs te betalen) geenszins overeenstemmen met de specifieke prestaties van de door de partijen beoogde overeenkomst.

Het ging in deze zaak om een stuk grond dat door oliemaatschappij Chevron op aanwijzing van Collard was gekocht en waarop hij een tankstation zou bouwen. De financiering van de bouw werd verzorgd door Chevron, maar Collard leidde de operatie en bepaalde hoe het station er uit zou zien. In ruil daarvoor betaalde Collard aan Chevron jaarlijks een zodanig bedrag, dat na 27 jaar de investering van de aankoop van grond en de bouw van het station zou zijn gecompenseerd, vermeerderd met rente. De periode van 27 jaar kwam overeen met de normale afschrijvingsduur van een dergelijk type tankstation. Chevron wilde na negen jaar de overeenkomst ontbinden. Het Hof van Cassatie overwoog in deze zaak het navolgende:
– het kwalificeren van een overeenkomst als leaseovereenkomst betekent niet dat de regels m.b.t. handelshuurovereenkomsten automatisch van toepassing zijn;
– indien de rechter een overeenkomst kwalificeert, houdt hij daarbij rekening met de intentie van partijen, zoals die onder meer uit de overeenkomst kan blijken;
– de 'huurder' (Collard) was verplicht rente te betalen over het bedrag dat werd gebruikt om de grond aan te kopen. Dit toont aan dat deze prestatie niet op de terbeschikkingstelling van de grond ziet, doch op de financiering ervan;

45 Brussel, 22 februari 1983, T.B.H., juli-augustus-september 1983, 530.

– de 'huurprijs' werd niet gebaseerd op marktwaarde, maar slechts bepaald in verhouding tot het door de 'verhuurder' geïnvesteerde bedrag;
– de specifieke prestaties van een huurovereenkomst (aan de huurder het genot verschaffen van een zaak gedurende een bepaalde tijd, mits de huurder zich verbindt een bepaalde prijs te betalen) komen niet overeen met de specifieke prestaties van deze door partijen opgestelde overeenkomst.
– de overeenkomst is eigenlijk een financieringscontract, dat voor bepaalde bijkomstigheden gebruik maakt van 'de techniek van de huur';
– het ontbinden van de overeenkomst zou daarom in strijd zijn met de doelstelling van het contract.

Het Hof concludeerde kort gezegd dat, nu geen sprake was van huur, de Handelshuurwet niet van toepassing was op deze overeenkomst en dat huurbeëindiging na opzegging niet mogelijk was. De uitspraak werd gedeeltelijk bevestigd door de hierboven reeds aangehaalde uitspraak van het Hof d.d. 25 mei 1983 met als strekking: indien partijen gebruik maken van termen en constructies uit het wettelijk huurrecht dan impliceert dat nog niet dat de Handelshuurwet van toepassing is. Het Hof van Cassatie bevestigde op 19 februari 1987[46] een ander onderdeel van de als eerste hierboven behandelde uitspraak. Vastgoedleasing was volgens de hoogste rechter in België niet verwant aan een huurovereenkomst, aangezien er geen vergoedingen betaald werden voor de terbeschikkingstelling van het goed, maar voor de financiering van de investering. Een nuancering deed het Hof van Beroep in haar uitspraak van 25 september 1985[47] met als strekking: in geval van meerdere overeenkomsten met betrekking tot één onroerend goed, sluit een onroerende leasing een handelshuurovereenkomst niet uit indien (1) sprake is van twee afzonderlijke overeenkomsten die verschillen met betrekking tot de partijen die ze hebben ondertekend, de duur, het rendement van de investering en het bestaan van een voorkeursrecht tot aankoop, en (2) de bewoner zelf een belangrijke deelname heeft gehad in de bouwkosten.

Conclusie
Zo blijkt dat in België geen afgrenzingsprobleem bestaat tussen huur en huurkoop en aan een anticumulatieregeling dus ook geen behoefte is; huurkoop valt immers blijkens de heersende literatuur als koop onder eigendomsvoorbehoud exclusief onder de wettelijke koopregeling. Wel bestaat interessante rechtspraak over de afgrenzing van huur en gewone financiële lease, waaruit blijkt dat de toepasselijkheid van wettelijke huurregelgeving bij leasing zeer kritisch wordt benaderd vanwege het overwegende financiële/krediet-karakter van leasing. Slechts in geval van twee separate overeenkomsten kan dit onder omstandigheden anders zijn (overeenkomstig art. 6:215 BW).

46 Cass., 19 februari 1987, Res et jur. Imm., 1987, 175.
47 Brussel, 25 september 1985, Pas., 1985, II, 183, o.c.

4.2.7 Rechtsvergelijking Frankrijk

Ook in Frankrijk wordt leasing in twee hoofdcategorieën onderscheiden: operationele lease en financiële lease. De eerste categorie wordt gelijkgesteld aan huur en wordt derhalve beheerst door het Franse huurrecht. Daarop wordt thans niet verder ingegaan. De eerste subcategorie van financiële lease is de 'gewone' variant, zoals wij deze in Nederland kennen: 'crédit-bail'. Zuivere financiële lease is ook in Frankrijk identiek aan huurkoop: 'location-vente'.[48] Crédit-bail en location-vente zijn niet speciaal wettelijk geregeld. Beiden zijn overeenkomsten waarbij door de leasegever aan de leasenemer een zaak ter beschikking wordt gesteld met de mogelijkheid voor de laatstvermelde het te kopen, over het algemeen na afloop van de overeengekomen duur.[49] Bij beide typen bevindt men zich op de kruising van drie verschillende overeenkomsten: huur, financiering en koop.[50] De verschillen tussen crédit-bail en huurkoop zijn (ook in Frankrijk) van groot belang. Niettemin worden crédit-bail en location-vente soms door elkaar gebruikt, waarbij crédit-bail vaak gebruikt wordt om (ook) location-vente aan te duiden, hetgeen uiteraard verwarring oplevert. Onderstaand wordt op beide fenomenen nader ingegaan, waarbij de afgrenzing met het Franse huurrecht bedrijfsruimte centraal staat.

Crédit-bail
De Franse crédit-bail-overeenkomst betreft de huur en verhuur van roerende en onroerende zaken die voor bedrijfsdoeleinden worden gebruikt en die speciaal met het oog hierop worden aangeschaft door ondernemingen die er eigenaar van blijven, terwijl deze overeenkomsten – willekeurig de aanduiding – aan de huurder de mogelijkheid bieden de zaken geheel of gedeeltelijk in eigendom te verwerven voor een vooraf overeengekomen prijs, waarbij de betaalde huurtermijnen in aanmerking worden genomen bij de hoogte daarvan.[51] De Code Civil vormt in Frankrijk de wettelijke basis van crédit-bail. Crédit-bail-overeenkomsten bevatten doorgaans echter een zodanig gedetailleerde regeling van de rechtspositie van partijen, dat de Code Civil slechts van een beperkte aanvullende waarde is.[52] Crédit-bail wordt gekarakteriseerd door huur, de financieringstransactie samen met het eenzijdige aanbod tot koop in een daartoe strekkende optie ('promesse de vente').[53]

Location-vente en andere location-financières
Location-vente, huurkoop derhalve, heeft in tegenstelling tot andere typen van location-financières, (ook in Frankrijk) een specifiek doel wat deze overeenkomst onderscheidt van (zuivere) huur: verkoop (met automatische eigendomsoverdracht)[54] tegen

48 R-N. Schutz, '*Location-vente*' in: Encyclopedie Dalloz Civil VII 1999.
49 J. Huet, *Traité de Droit Civil; Les principaux contrats spéciaux*, Paris: 1996, p. 25 e.v.
50 J. Huet, , p. 76.
51 Beckman/Joosen, p. 206 e.v.
52 'Le contrat de crédit-bail mobilier', *La Revue Fiduciaire*, Paris, September 1973, blz. 65 t/m 104.
53 H. Beckman e.a. p. 211.

een gespreide betaling van de koopsom.[55] Location-vente is als gemengde overeenkomst (krediet en koop) in Frankrijk in de 14e eeuw ontwikkeld en is vanuit historisch oogpunt beschouwd de eerste contractuele vorm waarin huur met krediet wordt gecombineerd.[56] In beginsel is location-vente in de praktijk ontworpen om verkoper bij koop op afbetaling tegen een insolvente verkrijger van de zaak te beschermen: deze verkrijger die gedurende de periode van de gespreide betalingen als huurder is te beschouwen, wordt immers (conform een koopplicht) eerst eigenaar bij de laatste betaling.[57] Ingeval van wanbetaling heeft de huurverkoper het recht de zaak weer onder zich te nemen: hij is immers eigenaar gebleven.[58] Location-vente grenst aan het leerstuk van eigendomsvoorbehoud en is zelfs ontstaan als ontwijking daarvan omdat, tot aan de wet nr. 85-98 van 25 januari 1985, het eigendomsvoorbehoud niet kon worden ingeroepen jegens andere schuldeisers dan die uit hoofde van de betreffende overeenkomst.[59] Location-vente is daarmee in Frankrijk ontstaan als alternatief voor eigendomsvoorbehoud. Vervolgens is zij het middel geweest om een transactie volledig te financieren in een tijdperk waarin dat in Frankrijk verboden was. Location-vente is tevens gebruikt om aan de verplichte vermeldingen te ontsnappen die door de wet van 29 juni 1935 inzake verkoop van handelsondernemingen werden opgelegd. Een en ander verklaart de terughoudendheid waarmee dit fenomeen in Frankrijk werd tegemoet getreden; het werd gelijkgesteld met ontduiking van wettelijke voorschriften. In de Franse rechtspraak is dit gestaag gecorrigeerd[60] zodat location-vente langzamerhand is 'gelegaliseerd'. De Franse wetgever heeft location-vente nooit wettelijk willen regelen, maar als fenomeen is het bestaan ervan wel uitdrukkelijk erkend.[61]

Regelgeving

Location-vente is derhalve een niet wettelijk benoemde overeenkomst zonder specifieke toepasselijke wettelijke regeling. Daarom is het van belang nader in kaart te brengen de (commune) wettelijke regelingen die van toepassing zijn. In de Franse literatuur worden daartoe drie momenten onderscheiden: het moment van aangaan van de location-vente, de periode van de looptijd en het moment van eigendomsovergang aan het einde van de location-vente.[62] In algemene zin is voor location-vente enerzijds van belang de geldigheidsvoorwaarden van het commune Franse verbintenissenrecht. Anderzijds zijn er wettelijke voorschriften aangaande financiering en krediet. Wat het eerste punt betreft zijn van toepassing de algemene geldigheidsvoorwaarden zoals vast-

54 Bijvoorbeeld Cass. Req. 16 juin 1885, préc. Supra, nr. 1; 17 juillet. 1985, DP 96. 1. 57, note Thaller.
55 Antonmattei et Raynard, *Contrats Speciaux*, Paris, 1997, p. 14 e.v.
56 R-N Schutz, 'Location-vente' in: *Encyclopedie Dalloz Civil VII*, 1999.
57 B. Bouloc, 'Crédit-bail et location-vente', in: *Les contrats d'adhésion et la protection du consommateur*. Colloque des 4 juin 1978, Paris, ENAJ, 1978; Huet, *Les principaux contrats speciaux,* 1996, p. 35 e.v.
58 L. Aynes, *Location-vente, J.CI. Contrats Distribution,* 2003, fasc. 760.
59 Cassation Civile 28 mars & 22 okt 1934 DP 1934.1.151 met nt. Vandamme.
60 Cassation 3e civile, 20 févr. 1974, Bull. Civ. III, no. 85.
61 R-N Schutz, 'Location-vente' in: *Encyclopedie Dalloz Civil VII*, 1999.
62 A. Benabent, *Droit civil; les contrats speciaux*, Monchrestien 2001, p. 55 e.v.

gelegd in art. 1108 van de Code Civil. Wat de financiering betreft zijn twee wettelijke regelingen van toepassing.[63] Ten eerste is van toepassing 'La loi de l'usure' (1966) omdat location-vente een vorm is van koop op afbetaling waarbij bovendien krachtens art. L 313-3 van de Code de la Consommation extra bescherming van de – particuliere – huurkoper wordt beoogd. Voorts is (ten behoeve van de particuliere huurkoper) er de 'La loi scrivener' (10 januari 1987) waarvan artikel 2 (Code de la Consommation, art. L.311-2) beoogt de particuliere huurkoper van location-vente en de verhuur met koopoptie te beschermen indien de waarde van het boogde aankoopbedrag een drempel overschrijdt (thans: € 20.000,–). Voor particuliere en niet-particuliere huurkopers is van belang de Franse Bankwet (24 januari 1984)[64] waarin art. 12-1 het ontstaan van een 'bankmonopolie' bij huurverkopers verbiedt. Artt. 12-1 en 312-2 van deze wet laten een onderneming onder bepaalde – strikte – voorwaarden toe kredieten te verschaffen in de vorm van het aangaan van huurkoopovereenkomsten. Zo worden er financiële plafonds gesteld aan de kredietverschaffing.[65]

Wat de afgrenzing van huurkoop met huur betreft schittert een wettelijke anti-cumulatieregel door afwezigheid. Aangaande de toepasselijkheid van het Franse wettelijk huurrecht ten opzichte van huurkoop bestaat er wel een standaardarrest van de Cour de Cassation uit 1980 waarin de Franse Hoge Raad (vertaald) een anti-cumulatieregel als volgt formuleerde: [66]

> … de huurder voerde de bepalingen betreffende de huurovereenkomst bedrijfsruimte aan om een aanpassing van de huurprijs aan de huurwaarde van de onroerende zaak te verkrijgen. Het Hof van Cassatie heeft bepaald dat het toepassingsbereik van het wettelijk huurrecht niet zou moeten worden uitgebreid tot de location-vente. Immers, gelijk als bij leasing moet dit contract, hoewel berustend op verhuur, niet aan alle bepalingen gebonden zijn betreffende verschillende bijzondere wettelijke huurregelgevingen, want deze regels zijn niet altijd verenigbaar met de doelgerichtheid van het financiële verhuren. De afwezigheid van beslissingen op dit gebied laat echter een twijfel zweven.

Conclusie

In Frankrijk vormt huurkoop een kruising tussen drie verschillende fenomenen: huur, financiering en koop. Location-vente ontbeert een specifieke wettelijke regeling. Naast het commune verbintenissenrecht en wettelijke regelingen aangaande kredietverschaffing is geen bijzondere wettelijke regeling van toepassing. Een wettelijk vastgelegde anticumulatiebepaling ontbreekt. Het hierboven aangehaalde standaardarrest uit 1980 dient tot vervanging hiervan, doch een waterdicht uitsluitsel biedt dit arrest

63 A. Benabent, p. 60.
64 Wet 84-46.
65 Cassation 1e Civile. 6 juilliet. 1988. *Gaz. Pal. 1989.* 1.84, note E. M. Bey.
66 Cassation 3e civ. 10 juin 1980, *JCP* 1981. II. 19655, note E. M. Bey, D. 1980.566, note Y. Guyon.

niet. Integendeel, uit het arrest valt af te leiden dat er altijd een zekere twijfel blijft bestaan. De conclusie dringt zich op dat in Frankrijk huurkoop en huur elkaar niet volledig uitsluiten.

4.2.8 Rechtsvergelijking Zwitserland

In het Zwitserse recht wordt allereerst een duidelijk onderscheid gemaakt tussen enerzijds 'Mietkauf' (huurkoop) en 'Abzahlungskauf' (koop op afbetaling) anderzijds. Onder 'Mietkauf' wordt in het Zwitserse recht een overeenkomst verstaan, waarbij de ene partij zich tijdelijk verplicht de andere partij vóór alles het gebruik van een roerende dan wel onroerende zaak te verstrekken en eventueel daarna de eigendom te verschaffen, onder betaling van een (doorgaans periodieke) vergoeding die geheel of gedeeltelijk wordt verrekend zodra de optie wordt ingeroepen. De eigendomsoverdracht kan ofwel het wettelijk 'Kaufrecht' volgen danwel bij ommekomst van de overeengekomen duur van de overeenkomst.[67] De 'Abzahlungskauf' werd aanvankelijk in artikel 226a Obligationenrecht (OR)[68] gedefinieerd als koop, waarbij de verkoper zich verplicht tegenover de koper een roerende zaak vóór de betaling van de koopprijs te leveren, en waarbij de koper zich verplicht de koopprijs in termijnen te betalen. De koop op afbetaling is welbeschouwd een 'koop op krediet', die doorgaans onder eigendomsvoorbehoud geleverd wordt. Totdat de koper de volledige koopprijs heeft voldaan, heeft deze slechts het genot van de zaak. De uiteindelijke eigendomsverkrijging is daarmee vanuit economisch opzicht ondergeschikt aan het directe gebruik van de zaak[69]. Nieuwe wetgeving heeft tot gevolg gehad dat art. 226a OR nog slechts van toepassing is op koop-op-afbetalingsovereenkomsten die gesloten zijn vóór 1 januari 2003[70]. Thans geldt voor koop op afbetaling het 'Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG)', welke wettelijke regeling gericht is op consumentenbescherming tegen kredietverschaffende instellingen in zijn algemeenheid.

Anticumulatie met huur
Enige oplettendheid is vereist omdat de grammaticale vergelijking niet geheel dezelfde als de inhoudelijke vergelijking. 'Mietkauf' is nagenoeg gelijk aan de Nederlandse 'Huurkoop', doch niet geheel gelijk. Bij het Nederlandse huurkoopbegrip gaat na het betalen van de laatste termijn de eigendom krachtens overeenkomst automatisch over op de huurkoper, terwijl dit bij de 'Mietkauf' ook op grond van wettelijke bepalingen kan plaatsvinden. De 'Abzahlungskauf' lijkt op het Nederlandse 'kopen-op-krediet'. De mogelijkheid van eigendomsvoorbehoud staat wat dit laatste betreft de vergelijking

67 P. Gauch & P. Higi, *Obligationenrecht, Teilband V2b, Die Miete, Erste Lieferung,* Zürich, 1994, p. 44.
68 Art. 226a lid 1 OR: Beim Kauf auf Abzahlung verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer eine bewegliche Sache vor der Zahlung des Kaufpreises zu übergeben, und der Käufer, den Kaufpreis in Teilzahlungen zu entrichten.
69 P. Gauch e.a., p. 47.
70 G. Schiller e.a. *Abzahlungskauf*, Verein Schuldensanierung, 2003, p. 25-46.

met huurkoop in de weg. Terwijl 'Abzahlungskauf' gedefinieerd wordt als koop, wordt ook 'Mietkauf' gelieerd aan het commune kooprecht. Om deze reden kan in Zwitserland geen anti-cumulatieregel bestaan zoals thans in art. 1 lid 2 TWHOZ is vastgelegd. Huurkoop valt in Zwitserland immers onder het kooprecht, evenals de daarop sterk gelijkende koop-op-afbetaling. De afgrenzing met huur is naar de aard van 'Mietkauf' evident en behoeft derhalve geen nadere speciale wettelijke anti-cumulatieregel.

Leasing in Zwitserland
Ook de afgrenzing van het algemene leasebegrip met huur voltrekt zich anders dan in Nederland. In het Zwitserse recht worden vijf verschillende vormen van leasing onderscheiden. Onderstaand worden deze kort behandeld teneinde te bezien welk vorm overeenkomt met de Nederlandse zuivere financiële lease/huurkoop.

Ten eerste is er de 'Konsumgütterleasing': het leasen van roerende zaken zoals auto's en elektrische apparaten. Daarnaast is er de 'Operating-leasing'. Deze vorm van lease gaat uit van een gebruiksoverdracht van investeringsgoederen voor bouw- en werkmachines óf voor korte tijd danwel voor onbepaalde tijd. Deze vorm van lease wordt in het Zwitserse recht onder huur geschaard. Voorts is er de 'Herstellerleasing' waarbij de leverancier de leaseovereenkomst persoonlijk afsluit met de lessee. Leverancier en lessor zijn dezelfde persoon. Evenals de 'operating-leasing' valt ook deze vorm onder huur.
Dan is er de 'Finanzierungs-leasing'.[71] Daarbij gaat het om langdurige, niet opzegbare leaseovereenkomsten, van tien tot vijftien jaar, welke periode doorgaans gelijk is aan de fiscale afschrijvingstijd van het object. De som der huurpenningen bereikt bijna of geheel de waarde van het leaseobject inclusief rente en overige kosten. In tegenstelling tot 'operating lease' bevat een 'Finanzierungs-leasing'-overeenkomst in de wet een kooprecht dan wel koopplicht. Wanneer in de leaseovereenkomst een koopoptie wordt opgenomen, bevat deze meestal de verplichting tot vooruitbetaling van de koopprijs. Deze prestatie valt uiteen in een huur- en een koopprijs. Het investeringsrisico wordt op de lessee overgedragen, waarmee hij zich verplicht het leaseobject in originele toestand te houden, te onderhouden en te verzekeren. Ten slotte is er de 'Immobilienleasing'.
Evenals bij de 'Finanzierungs-leasing' betreft het bij de 'Immobilienleasing' het leasen van onroerende zaken en wordt de lease immer aangegaan voor een bepaalde tijd.[72]

De eerste drie vormen, de Konsumgütter-, de Operating- en de Hersteller-leasing, zijn vormen van 'directe lease'[73] De zaak wordt door lessor voor bepaalde tijd in gebruik gegeven aan de lessee. De hierboven als laatste twee vermelde vormen, de Finanzierungs-

71 G. Feuch, 'Droit fédérale: Nouvelle réglementation de l'imposition des dividendes dans la convention de double imposition entre la Suisse et l'Allemagne', *Steuer Revue fiscale*, nr. 5/2003, p. 398.
72 P. Gauch e.a., p. 49.
73 P. Gauch e.a., p. 57.

en Immobilienleasing, vallen onder 'indirecte lease'. Deze indirecte lease is een driepartijenovereenkomst: de leverancier, de lessee en de lessor. De lessor koopt de zaak van de leverancier en geeft deze in gebruik aan de lessee. De uiteindelijke eigendomsoverdracht vindt plaats tussen leverancier en lessee.

Conclusie
Bij de laatste twee vormen van lease, de Finanzierungs- en Immobilienleasing, is sprake van een *kooprecht*. De lessee heeft de mogelijkheid het object te kopen voor een lage prijs die in overeenstemming is met de al betaalde termijngelden. Echter, in beide gevallen is geen sprake van een *koopplicht*. Derhalve kan gesteld worden dat er bij deze vormen van leasen wel sprake is van een vergelijking met de Nederlandse 'financiële lease', maar dat er in het Zwitserse recht geen figuur vergelijkbaar is met de Nederlandse 'zuivere financiële lease'. Bij de figuur die hierop het meeste lijkt, 'Mietkauf' is aan een anti-cumulatiebepaling geen behoefte omdat deze figuur naar zijn aard onder de koop onder eigendomsvoorbehoud valt, behorende tot het commune wettelijke kooprecht in Zwitserland.

4.3 Publiekrechtelijke uitgifte in huur

De huurovereenkomst kan een publiekrechtelijke grondslag hebben.[74] De gemeente Den Haag gaf op basis van de Marktverordening voormalige (stenen) vishuisjes als marktkraampjes en horeca-inrichtingen in gebruik uit aan marktkooplieden tegen betaling van marktgeld. Nadat de gemeente had aangekondigd het marktterrein te gaan herinrichten en hiertoe de marktkraampjes te willen slopen en vervolgens om deze reden het gebruik van de vishuisjes opzegden, deden de kooplieden een beroep op civielrechtelijke huurbescherming, omdat zij van oordeel waren huurders van detailhandelsbedrijfsruimte (artt. 7:290 e.v. BW) te zijn. Dit standpunt bleek niet juist. De gemeente bleek als openbaar lichaam bevoegd de vishuisjes op basis van enkele marktverordeningen publiekrechtelijk uit te geven, omdat dit binnen haar publiekrechtelijke taken viel. Hierdoor kon de uitgifte niet als huur worden gekwalificeerd en kon een beroep op civielrechtelijke huurbescherming van de marktkooplieden niet opgaan. De uitspraak stuitte op weerstand van de raadsman van de in het ongelijk gestelde partij,[75] maar enige navolging kreeg deze kritiek niet. Bovendien stond het Vishuisjesarrest niet op zichzelf. Hetzelfde lot was namelijk de marktlieden van de IJ-markt[76] beschoren die tegen betaling van een eenmalige investeringsbijdrage en creditering van het marktgeld als huur geen huurovereenkomst bleken te hebben doch slechts de ontvanger van publiekrechtelijke uitgifte te zijn. Ook zij waren van civielrechtelijke huurbescherming gespeend.

74 HR 31 januari 1997, *NJ* 1998, 545.
75 L. F. Pels Rijcken, 'Bestaat er een publiekrechtelijk huurrecht?', *WR* 1997, 10, p. 259/260.
76 Gerechtshof Amsterdam 17 november 1994, *Prg.* 1995, 4360.

Aldus blijkt buiten het civiele huurrecht om een door de Hoge Raad gebillijkte principiële mogelijkheid voor lagere overheden te bestaan onroerende zaken publiekrechtelijk uit te geven. Indien een dergelijke uitgifte gerelateerd is aan een publiekrechtelijke taak, kan de uitgifte puur publiekrechtelijk van aard zijn en in dat geval is de gebruiker gespeend van elke (semi-)dwingende (civielrechtelijke) huurbescherming.[77] De bescherming van de exploitant/gebruiknemer is volledig gebaseerd op de bepalingen die in de betreffende gemeentelijke verordeningen zijn opgenomen. Is de uitgifte niet gerelateerd aan een publiekrechtelijke taak, dan is het aannemelijk dat de gebruiker wél civielrechtelijke huurbescherming toekomt. Immers, het gewone verbintenissenrecht is dan van toepassing, eventueel aangevuld met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[78]

Van belang is wel dat een dergelijke publiekrechtelijke huurovereenkomst eerst als zodanig wordt gekwalificeerd vooraleer daaraan de in de gemeentelijke verordeningen opgenomen publiekrechtelijke consequenties worden verbonden. Daarbij gaat het om interpretatie van feiten door de lagere rechter (in cassatie niet toetsbaar) waarbij aangetekend dient te worden dat het niet per definitie de huurder is die civielrechtelijke huurbescherming bevecht. De bescherming die de betreffende verordening(en) deze biedt (bieden) kan in een bepaald geval hem gunstiger voorkomen dan de civielrechtelijke huurbescherming.[79] In het algemeen zal de rechtsverhouding volgens het Haviltex-criterium[80] moeten worden uitgelegd. De jurisprudentie is kleurrijk.[81]

Het wekt bevreemding dat de uitspraak van het Amsterdamse Hof in 1994 en de uitspraak van de Hoge Raad in 1997 niet aanleiding is geweest voor (verdere) ontwikkeling dan wel rechtstreekse navolging. In het hierboven aangehaalde artikel van Pels Rijcken beklaagt deze zich erover dat er kennelijk een 'publiekrechtelijk huurrecht' bestaat. Dit acht hij ten eerste niet verenigbaar met het dwingendrechtelijke gesloten (huurrechtelijke) stelsel van detailhandelsbedrijfsruimte. Voorts acht hij dit in strijd met de strekking van de (toenmalige) absorptieregel van gemengde overeenkomsten (art. 7A:1624 lid 1 BW). (Deze absorptieregel strekte onder het oude huurrecht ertoe overeenkomsten met een gemengd karakter (bijv. detailhandel en het exploitatiecontract van een benzinestation[82]) onder de paraplu van de beschermende art. 7A:1624-regeling te brengen.) Voorts acht hij dit onverenigbaar met art. 121 Gemeentewet op grond waarvan gemeentelijke verordeningen niet in strijd met de wet mogen zijn.[83]

---

77 Zie over de publiekrechtelijke overeenkomst in algemene zin nader: Asser-Hartkamp 4-II, 2001, p. 287 e.v.

78 HR 8 juli 1991, *NJ* 1991, 691; Hof Den Bosch 13 februari 1996, *KG* 1996, 111.

79 HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 487.

80 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635.

81 Ktr. Maastricht 23 november 1966, *NJ* 1966, 257; Gerechtshof Leeuwarden 24 april 1968, *NJ* 1969, 201 en Ktr. Rotterdam 8 december 1983, *Prg* . 1984, 2052.

Ik ben het niet met Pels Rijcken eens. In zijn artikel meldt hij niet dat in de Vishuisjeskwestie feitelijk is komen vast te staan dat (1) de rechtsverhouding overwegend werd beheerst door diverse publiekrechtelijke verordeningen, zoals de Verordening Warenmarkten, het Reglement Warenmarkten en de Marktgeldverordening, (2) de vishuisjes alleen op vastgestelde markttijden open waren en (3) de gebruiksvergoeding overeenkomstig de marktgeldtarieven waren zoals opgenomen in de Marktgeldverordening. Op basis van deze feiten stelde de rechtbank vast dat sprake was van 'publiekrechtelijke uitgifte tot gebruik' en deze kwalificatie van de betreffende rechtsverhouding is naar mijn mening niet zo verbazingwekkend als Pels Rijcken wil doen voorkomen.

Evenmin verbazingwekkend is dat de handelwijze van de gemeente in overeenstemming is met de tweewegenleer op grond waarvan de gemeente de keuzevrijheid had aangaande de wijze van contracteren en dus in de gegeven omstandigheden kon kiezen tussen ófwel de privaatrechtelijke weg ófwel de publiekrechtelijke route.[84] In het Windmill-arrest[85] perkte de Hoge Raad de keuzevrijheid in door te oordelen dat het volgen van de privaatrechtelijke weg uitgesloten is indien daardoor een publiekrechtelijke weg op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist. Het arrest Kunst- en antiekstudio Lelystad[86] bracht daarop weer een verruiming, waaruit bleek dat de soep niet zo heet werd gegeten als in het Windmill-arrest was opgediend. In het Vishuisjesarrest was echter sprake van het omgekeerde: de Gemeente koos voor de publiekrechtelijke weg ter ontwijking van de privaatrechtelijke dwingendrechtelijke huurbescherming. Van een dergelijke (omgekeerde) doorkruising was de onaanvaardbaarheid niet door de Hoge Raad vastgesteld. De keuzevrijheid van de gemeente Den Haag staat daarmee buiten elke discussie.

Voorts lijkt de principiële weerstand van Pels Rijcken anno 2005 haar houdbaarheid te hebben verloren.

---

82 Art. 7A:1624 lid 1, tweede regel, luidde: 'Indien een overeenkomst de kenmerken bevat van huur en verhuur van bedrijfsruimte en tevens van enige andere soort van overeenkomst, zullen zowel de bepalingen betreffende de huur en verhuur van bedrijfsruimte als die betreffende die andere soort van overeenkomst van toepassing zijn; in geval van strijd tussen deze bepalingen zullen die omtrent de huur en verhuur van bedrijfsruimte van toepassing zijn'. Zie hierover: Dozy/Jacobs, p. 391 e.v.

83 Zie over de vervagende grens tussen het publiekrecht en het privaatrecht nader: G. J. Wiarda, *Overeenkomsten met overheidslichamen*, diss. Amsterdam 1939; Lubach, *Beleidsovereenkomsten*, diss. Groningen 1982; Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid*, diss. Nijmegen 1989 en Huijgen, *Aansprakelijkheid van de overheid*, diss. Leiden 1991, p. 53 e.v.

84 Zie over de tweewegenleer in zijn algemeenheid nader: H. J. Simon, 'Tweewegenleer, Privaatrechtelijke bevoegdheden en publiekrechtelijke belangen', *Publiek Domein*, 1988, p. 148-160; Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid*, 1989; P. J. J. van Buuren, 'De tweewegenleer is niet van de baan', *NJB* 1991, p. 150 e.v. en H. Troostwijk, 'Artikel 122 Woningwet en de tweewegenleer', *In de sfeer van administratief recht* 1994, p. 393-407.

85 HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393.

86 HR 8 juli 1991, *NJ* 1991, 691.

Dwingend recht is in het nieuwe huurrecht bedrijfsruimte grotendeels vervangen door semi-dwingend recht (zie paragraaf 1.2). Dit betekent naar mijn mening dat indien de rechten en plichten van de betreffende exploitanten op basis van de hierboven genoemde verordeningen voldoende kenbaar zijn en daarin in enige mate worden gewaarborgd, geen strijd met de wet (ex art. 121 Gemeentewet) kan worden vastgesteld en afwijking van de civielrechtelijke huurbescherming dus gerechtvaardigd is.

Voorts is van belang dat de absorptieregel in het huurrecht bedrijfsruimte per 1 augustus 2003 is vervangen door de (in vergelijking daarmee minder omvattende) cumulatieregel (zie paragraaf 1.4), waarbij de verschillende regels van benoemde contracten naast elkaar dienen te worden toegepast, tenzij deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking ervan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet. Doch al ware dit anders, indien de feitenrechter de rechtsverhouding als 'publiekrechtelijke uitgifte' had gekwalificeerd, dan was dit onderwerp niet meer aan de orde gekomen omdat als gevolg van deze kwalificatie geen toetsing op privaatrechtelijke normen vervolgens meer kon geschieden en dus ook niet op de toentertijd nog geldende absorptieregel.

Bovendien was onder de vigeur van het oude huurrecht geen sprake van een gesloten (bedrijfs)huurrechtelijk stelsel. Ten eerste is van belang dat de wetgever van het oude huurrecht een dergelijke ratio nimmer uitdrukkelijk ten grondslag heeft gelegd aan enige wettelijke regeling in het huurrecht (bedrijfsruimte). Bovendien heeft de Hoge Raad reeds onder de vigeur van het oude huurrecht met zoveel woorden op de invloed van bijvoorbeeld onvoorziene omstandigheden bij woonruimte[87] en bij bedrijfsruimte[88] gewezen, op grond waarvan kan worden vastgesteld dat ook in de rechtspraak die onder de vigeur van het oude huurrecht is gewezen het huurrecht niet als gesloten stelsel wordt beschouwd. Ook in de literatuur wordt dit onderschreven.[89] Een andere sterke indicatie voor het niet gesloten karakter van het (oude) huurrecht bedrijfsruimte komt uit de vennootschapsrechtelijke hoek. Zoals in de onderstaande paragraaf 4.4 wordt uiteengezet konden de kantonrechter en het Gerechtshof in Amsterdam in 2001[90] een commanditaire vennootschapsconstructie billijken als variant op een verhuurd horecaobject, waarbij ook in dat geval de exploitant elke huurrechtelijke bescherming moest ontberen en aangewezen was op zijn rechten krachtens de cv-akte. Zijn inbreng van het gebruik van het object werd niet als huur aangemerkt.

Niets staat eraan in de weg dat deze rechtspraak ook in het nieuwe huurrecht haar gelding behoudt. Doch mocht daarover al enige twijfel rijzen, dan verdient de (nieuwe) schakelbepaling (art. 7:205 BW) aandacht. Immers, krachtens art. 7:205 BW komen

87 HR 10 augustus 1994, *NJ* 1994, 688.
88 HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 493.
89 Asser-Abas, 5-IIA (Huur), p. 7.
90 Ktr. Amsterdam 9 augustus 2000, rolnr. 99/5708 (n.g.) en Gerechtshof Amsterdam 15 februari 2001, rolnr. 99/0608 (n.g.).

naast de rechten en plichten van de huurder voortvloeiende uit afdeling 2 van boek 7.4 BW deze tevens alle andere rechten en vorderingen toe. Op grond hiervan maakt de wetgever duidelijk (hetgeen strikt genomen overbodig is) dat naast de rechten uit afdeling 4 van titel 7 boek 7 BW door de huurder ook rechten kunnen worden geldend gemaakt die zijn gebaseerd op de algemene bepalingen van Boek 3 en Boek 6 BW. Uit de Parlementaire Geschiedenis[91] blijkt dat zonder dit artikel de afdeling als een gesloten stelsel zou kunnen worden opgevat en in het bijzonder de aansprakelijkheden van titel 3 van Boek 6 (art. 6:162 e.v.) niet van toepassing zouden kunnen worden geacht.

Zoals hierboven gezegd verbaast het mij dat het IJ-markt-arrest van het Amsterdamse Hof en het Vishuisjesarrest van de Hoge Raad geen verdere navolging hebben gekregen, temeer omdat in de verdere vakliteratuur publiekrechtelijke uitgifte onbestreden is gebleken.[92] Publiekrechtelijke uitgifte is daarmee een beproefde ontwijking van (semi-)dwingendrechtelijke huurbescherming bij huurrecht bedrijfsruimte en geeft daarmee de overheid een zekere mate van flexibiliteit omdat zij de uitgiftevoorwaarden grotendeels zelf kan bepalen en kan opnemen in verordeningen, uiteraard binnen de grenzen van art 121 Gemeentewet.

4.3.1 Rechtsvergelijking België

Bij de beantwoording van de vraag of België een publiekrechtelijke uitgifte in huur kent, dient men twee situaties van elkaar te onderscheiden.[93] Enerzijds is er het geval (overeenkomstig de Vishuisjes-casus) waarin sprake is van een zaak die tot het openbare domein behoort (zoals wegen en straten[94] bestemd voor algemeen gebruik of een openbare dienst, de *res in usu populi*)[95] en die door een lagere overheid in gebruik kan worden gegeven door middel van een stationeervergunning, een wegvergunning of een domeinconcessie. In een dergelijk geval is voor toepasselijkheid van dwingend huurrecht (zoals o.a. de Handelshuurwet) geen plaats. Blijkens rechtspraak[96] en literatuur[97] is onomstreden dat zaken die behoren tot het openbaar domein niet verhuurd kunnen worden[98] en derhalve niet als handelshuur kunnen worden gekwalificeerd.[99] Ook als

91 Kamerstukken II 1997/1998, 26 089, nr. 3 , p. 15.
92 Dozy/Jacobs, p. 17 en 18; de Jonge, p. 21 en 22, alsook Evers, p. 38.
93 Cyr Cambier, *Droit Administratif,* Bruxelles: Maison Ferdinand Larcier, 1968, p. 337
94 Cass., 2 juni 1898, Pas., 1898, I, 219; Cass., 2 oktober 1924, Pas., 1924, I, 530; Cass., 21 januari 1926, Pas., 1926, I, 187; Cass., 30 maart 1933, Pas., 1933, I, 185; Cass. 9 maart 1950, Pas., 1950, I, 485. Cass., 25 september 2000.
95 Cyr Cambier, p. 341.
96 Cass., 4 januari 1974; Cass., 2 september 1982; Cass., 25 september 2000.
97 H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge: principes, doctrine, jurisprudence,* dl. IV, 1997, nr. 491 en dl. V, 1975, nrs. 814 en 815.
98 Cass., 9 maart 1950, Pas., 1950, I, 485; Cass., 3 mei 1968, Pas., 1968, I, 1033; Cass., 4 januari 1074, Pas., 1974, I, 455; Cass., 27 mei 1983, Pas., 1983, I, 1080; Kh. Brussel, 28 januari 1985, J.T., 1985, p. 307.
99 P. Wigny, *Droit Administratif: principes généraux*, Bruxelles: Bruylant, 1953, nr. 315.

een zaak in gebruik wordt gegeven als onderdeel van een concessie van een openbare dienst is geen plaats voor het wettelijk huurrecht c.q. huurbescherming[100]. Anderzijds is er het geval waarin een zaak die behoort tot het privaat domein van een overheidsorgaan, zoals stadhuizen, gemeentehuizen en de gebouwen van gemeentescholen,[101] de *res in patrimonio populi*.
In het algemeen geldt dat zaken van openbare rechtspersonen in beginsel behoren tot het private domein, tenzij het tegendeel blijkt uit de wet of uit de bestemming van de zaak.[102] In een dergelijk geval kan een (civielrechtelijke) huurovereenkomst worden gesloten op basis van art. 232 van de Nieuwe Gemeentewet. De huurder van vastgoed behorend tot het privaat domein komt doorgaans echter niet de volledige bescherming van (bijvoorbeeld) de Handelshuurwet toe, nu uit art. 1712 BW ('de verhuring van de goederen van de staat, van de gemeenten en van de openbare instellingen is aan bijzonder reglementen onderworpen') voortvloeit dat bijzondere (publiekrechtelijke) regels en voorwaarden kunnen gelden (bijvoorbeeld opgenomen in een verordening), krachtens welke vanuit het oogpunt van het algemeen belang bijvoorbeeld (zoals in de Vishuisjes-casus) tussentijds een einde aan de huurovereenkomst kan worden gemaakt. [103]

Ergo: er bestaat in België niet alleen een algemeen aanvaarde figuur van publiekrechtelijke uitgifte in huur (onder uitsluiting van civielrechtelijke huurbescherming); zelfs een huurovereenkomst waarbij een overheidsorgaan een zaak – civielrechtelijk – verhuurt kan – tussentijds – worden opgezegd. Ook in het laatste geval kan wettelijke huurbescherming via het publiekrecht volledig worden uitgehold. Aldus blijkt dat een overheidsorgaan niet alleen in het Belgische publiekrecht doch ook in het huurrecht zélf over de mogelijkheid beschikt het dwingende huurrecht te ontwijken resp. uit te hollen, zowel in het geval van zaken behorend tot het openbaar domein als die behorend tot het privaat domein.

Een voorbeeld van het Belgische equivalent van het Vishuisjesarrest (het hierboven vermelde eerste geval) betreft een betrekkelijk recent arrest van het Hof van Cassatie[104]. De zaak betrof de exploitant/huurder van een foto-service-winkel in de middengang van het treinstation Brussel Zuid, die zich beriep op huurbescherming krachtens de Handelshuurwet. Volgens het Hof stond vast dat de spoorwegen en de stations tot het openbaar domein behoren en dat vervolgens:

100 Cass., 31 mei 1978, R.W., 1978-1979, kol. 1229-1233 en zie: Mast/Dujardin/Van Damme/Van de Lanotte, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 14e druk, 1996, no. 128.
101 Cass., 21 januari 1926, Pas., 1926, I, 187.
102 Cass., 8 maart 1951, Pas., 1951, I, 416.
103 Artikel 18 boek III, titre VIII, hoofdstuk II, afd. 3 BW, (wet van 4 november 1969).
104 Cass., 25 september 2000.

> … niet staande kan worden gehouden dat de middengang van het station Brussel-Zuid niet onontbeerlijk zou zijn voor de werking van de openbare dienst, aangezien via die gang de perrons (…) bereikt kunnen worden.

De exploitant viel daarom niet onder de bescherming van de Handelshuurwet, nu openbaar domein niet civielrechtelijk verhuurd kon worden.

Het hierboven vermelde tweede geval kent men in Nederland niet. Zaken die behoren tot het privaat domein vallen in België onder een speciaal wettelijk regime, aangezien deze als eigendom van de overheid het algemeen belang dienen. In principe zijn de bepalingen van het BW van toepassing, behoudens een aantal uitzonderingen: zo zijn zaken van het privaat domein slechts vervreemdbaar krachtens een wet (zoals voor een gemeente geregeld in art. 232 van de Nieuwe Gemeentewet[105]). Zaken van het privaat domein kunnen wel worden verhuurd, maar vanwege het reeds aangehaalde art. 1712 BW, kan civielrechtelijke huurbescherming aan banden worden gelegd c.q. worden uitgehold. [106] Dit laatste wordt treffend verwoord in een recent arrest van het Arbitragehof[107]:

> De overheid die, (…) wanneer zij een huurovereenkomst sluit betreffende een goed dat onder haar privaat domein valt, aan die huurovereenkomst clausules toevoegt die afwijken van het gemeen recht, waarnaar de in het voormelde artikel 1712 beoogde 'bijzondere reglementen' verwijzen, onderscheidt zich van de verhuurders, privépersonen, doordat het algemeen belang dat zij tot taak heeft te verdedigen, vereist en verantwoordt dat een eind kan worden gemaakt aan de aldus gesloten overeenkomsten. [… dat] de in het geding zijnde bepalingen niet uit de context waarbinnen zij passen kunnen worden gehaald, namelijk de ondergeschiktheid van elk particulier belang – zij het legitiem – aan het algemeen belang waarop elke handeling van de overheid geacht wordt betrekking te hebben.

Nader over publiekrechtelijke uitgifte in huur

Met de Vishuisjes-casus indachtig kunnen in België zaken (behorend tot het openbaar domein) op twee wijzen publiekrechtelijk worden uitgegeven. In elk van de onderstaand beschreven gevallen ontleent de gemeenteraad haar bevoegdheid aan art. 232 Nieuwe Gemeentewet:

a. door een eenzijdige rechtshandeling van het overheidsorgaan, en wel op twee wijzen: de uitgifte van een stationeervergunning (*permis de stationnement*: alleen de 'huur' van een stuk onbebouwd openbaar terrein), of een wegvergunning (*permission de voirie*: de 'huur' van een stuk bebouwd openbaar terrein, zoals een kiosk in een stationshal). De houder van een stationeer- of wegvergunning kan

105 K.B. van 24 juni 1988, bekrachtigd bij de wet van 26 mei 1989 (Stbl. van 30 mei 1989).
106 Rb. Van Eerste Aanleg Turnhout, 12 oktober 1992.
107 Arbitragehof, 12 maart 2003.

tegenover derden de vergunning inroepen die hij heeft gekregen,[108] maar jegens het betreffende overheidslichaam heeft hij geen recht op 'het behoud van de vergunning' c.q. huurbescherming.[109] De houder heeft namelijk geen persoonlijk (huur-)recht, aangezien, zoals gezegd, het openbaar domein niet vatbaar is voor verhuur. Het overheidslichaam heeft een discretionaire bevoegdheid te oordelen of het openbaar belang intrekking of wijziging van de vergunning verlangt; de positie van de houder is daarvan volledig afhankelijk.[110] De houder ontbeert bovendien een wettelijk recht op schadevergoeding.

a. door een meerzijdige rechtshandeling: de *concessie van openbaar domein*. Hierdoor ontstaat een verbintenisrechtelijke relatie tussen het overheidslichaam en de concessiehouder. Een domeinconcessie kan eenzijdig worden ingetrokken vanwege een zwaarwegend openbaar belang;[111] de concessiehouder heeft in dat geval wél recht op schadevergoeding. [112]

Naast de domeinconcessie bestaat de zgn. concessie van een openbare dienst. Het betreft hier een 'administratief contract' waarmee de overheid een privaat (of publiek) persoon belast onder de door haar bepaalde voorwaarden, een openbare dienst op eigen kosten en risico te exploiteren tegen een vergoeding die op de gebruikers van de dienst wordt verhaald.[113] De concessie van openbare diensten betreft naast het gebruik ('huur') van een openbaar domeingoed ook de exploitatie van een openbare dienst. Bij de concessie van openbare dienst is de houder tegenover de overheid verplicht bepaalde positieve prestaties in het algemeen belang te verrichten, zoals het bewaken van voertuigen in een parkeergarage. Het Hof van Cassatie heeft bepaald dat de concessieovereenkomst van openbare dienst niet wordt beheerst door de regels van het burgerlijk recht[114], doch door bijzondere regelingen en verordeningen.[115] Er kan op de voet van art. 1712 BW dus geen beroep worden gedaan op wettelijke huurbescherming,[116] hetgeen is bevestigd in de Belgische rechtspraak.[117] De evenknie van het Vishuisjesarrest bestaat in België uit de eerdervermelde uitspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot de fotokiosk op het treinstation Brussel-Zuid.

---

108 Cass. 10 mei 1929, Pas., 1929, I, 182.
109 Mast e.a., no. 251.
110 J. Dembour, *Droit Administratif*, La Haye: Nijhoff, 3e druk, 1978, nr. 285.
111 Raad van State, S.V. Integan, nr. 19671, 31 mei 1979.
112 Mast/Dujardin/Van Damme/Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Antwerpen: Kluwer, 14e druk, 1996, no. 251.
113 Mast, Dujardin e.a. no. 125.
114 Cass., 31 mei 1978, R.W., 1978-1979, kol. 1229-1233.
115 Artikel 18 boek III, titel VIII, hoofdstuk II, afd.3 B.W., wet van 4 november 1969.
116 Mast, Dujardin e.a. no. 128.
117 Cass., 4 januari 1974; Cass., 2 september 1982; Cass., 25 september 2000.

4.3.2 Rechtsvergelijking Frankrijk

De situatie in Frankrijk vertoont sterke gelijkenis met die in België. Voor de beantwoording van de vraag of Frankrijk een publiekrechtelijke uitgifte in huur kent zal het Franse *droit administratif* moeten worden beschouwd, waarbij als eerste de bevoegdheden van gemeentebesturen onder de loep worden genomen.

De bevoegdheden van de 'commune'
De republiek Frankrijk is verdeeld in 96 'départements'; elk département is op zijn beurt verdeeld in 'arrondissements', welke verdeeld zijn in 'cantons'. De Cantons zijn ten slotte verdeeld in communes. Frankrijk heeft ongeveer 36.400 communes. Ook de Franse gemeente kent een gemeenteraad, burgemeester en wethouders. De bevoegdheden zijn wettelijk geregeld in de Code des Communes (CdC). De gemeenteraad in Frankrijk heeft nagenoeg dezelfde bevoegdheden als de gemeenteraad in Nederland. Op grond van artikel 2121-29 van de Code Général des Collectivités Territoriales heeft de gemeenteraad een 'clause générale de compétences'. De gemeente regelt in zijn vergaderingen 'les affaires de la commune'. Onder deze affaires valt al datgene dat te maken heeft met het 'intérêt communal'. De burgemeester kan optreden als vertegenwoordiger van de staat en als vertegenwoordiger van de gemeente. Als vertegenwoordiger van de staat heeft deze onder andere de bevoegdheid binnen de grenzen van de gemeente de openbare orde te handhaven. Als vertegenwoordiger van de gemeente heeft deze als belangrijkste taak het uitvoeren van de besluiten van de gemeenteraad op grond van artikel 122-19 CdC. Dit kan deze doen door het opstellen van zogenaamde 'arrêtés municipaux', gemeentelijke verordeningen, waarvan de wettelijke basis rust in art. 122-20 CdC. De burgemeester kan door middel van een vergunning een stuk van het 'domaine public' van de gemeente in gebruik of in huur uitgeven. Door middel van een *acte* kan de gemeenteraad hiertoe eenzijdig toestemming verlenen. Deze bevoegdheid wordt ontleend aan de 'Code des biens de l'État'. Wanneer de toestemming betrekking heeft op de wijze van ingebruikgeving of verhuur van de openbare weg, bijvoorbeeld voor een uitstalling of een kiosk, spreekt men van een 'permission de voirie'. Wanneer het slechts ziet op het in gebruik geven of de verhuur van een onbebouwd stuk grond spreekt men van een 'permis de stationnement'. De bijzondere eigenschap van deze twee constructies is dat deze eenzijdige acte altijd onbestendig (*précaire*) en herroepbaar (*révocable*) is, zonder dat de gemeente schadevergoeding moet betalen. Voorwaarde daarbij is wel dat de toestemming is ingetrokken op grond van het algemeen belang. De gelijkenis met de wettelijke regeling in België dringt zich op.

'Contrats de l'administration' en 'contrats administratif'
Franse publiekrechtelijke organen, zoals de gemeenten zijn bevoegd (administratiefrechtelijke) overeenkomsten aan te gaan,[118] zowel met andere publiekrechtelijke organen

118 Jean Rivero, *Droit administrative*, 19e druk, 2002, p. 110.

als met private entiteiten. Men onderscheidt daarbij de 'gewone' overeenkomsten van de 'administratiefrechtelijke' overeenkomsten.
Dit onderscheid is van belang omdat het bepalend is voor het toepasselijke wettelijke regime. Een zgn. 'gewone' overeenkomst is onderhevig aan het recht dat van toepassing zou zijn geweest als ware de overeenkomst gesloten tussen twee private partijen. Dit zou betekenen dat indien een gemeente een huurovereenkomst aan gaat met een private partij hierop in principe de huurrechtelijke regels van de Code Civil gelden en bij bedrijfsruimte, die van de Code de Commerce. Een administratiefrechtelijke overeenkomst is een 'contrat de l'administration' die in beginsel onderhevig is aan publiekrechtelijke regels. Deze contracten vormen een speciale categorie. Of een overeenkomst een administratieve overeenkomst is, is doorgaans niet eenvoudig te bepalen. Het onderscheid wordt door wettelijke criteria of in de verordening opgenomen criteria bepaald, doch ook en vooral aan de hand van in de jurisprudentie ontwikkelde criteria. Bepaalde overeenkomsten worden expliciet in de wet gekwalificeerd als 'contrats administratifs'. Zo worden overeenkomsten aangaande de uitvoering van publieke werken in de 'Décret-loi du 17 juin 1938' als zodanig bestempeld. De wet stelt hier het karakter van de overeenkomst vast. Andere overeenkomsten zijn door de jurisprudentie gekwalificeerd als 'contrats administratifs'. Een in de jurisprudentie ontwikkeld criterium voor een contrat administratif is de vraag of deze een 'clause exorbitante' bevat. Dit houdt in dat de overeenkomst een bepaling bevat die rechten of plichten schept die expliciet afwijken van de regels van het civiele recht die zonder deze clause wél van toepassing waren geweest. Een voorbeeld hiervan is een overeenkomst waarin bepalingen zijn opgenomen die regels van het droit civil uitsluiten. Ook kan van een clause exorbitante sprake zijn indien de overeenkomst uitgaat van ongelijkheid van de contractanten. Een ander in de jurisprudentie ontwikkeld criterium is het doel van de overeenkomst. Heeft de overeenkomst als doel de uitvoering van publieke werken[119] of de uitvoering van een publieke dienst[120], dan is deze naar zijn aard een contrat administratif. Het houdt een zodanig verband met een publiek doel dat het volledig onder het regime van het publiekrecht valt. Opvallend is dat ook het gebruik van het publieke domein op basis van dit laatste criterium behoort tot de administratiefrechtelijke overeenkomsten (zie het Décret loi du 17 juin 1938).

Het recht dat op de administratiefrechtelijke overeenkomsten van toepassing is, wijkt op een aantal essentiële punten af van het privaatrecht. Het bestuur van het overheidsorgaan kan bijvoorbeeld de contractsverplichtingen eenvoudig eenzijdig wijzigen. Het kan zelfs de overeenkomst eenzijdig opzeggen onder toekenning van schadevergoeding. Indien sprake is van wanprestatie van de kant van de overheid, zal de contractant toch in beginsel moeten nakomen, ook hier onder toekenning van schadevergoeding. Het is zelfs voor de overheid mogelijk zonder toekenning van schadevergoeding eenzijdig op te zeggen.

119 C.E. 31 juillet 1912, Soc. des granits porphyroides des Vosges.
120 C.E. Epoux Bertin, 1956.

Tegenover deze rechten van de overheid staan een aantal bijzondere rechten van de wederpartij. In veel gevallen heeft de contractant recht op schadevergoeding. Dit is o.a. het geval indien de overheid eenzijdig de contractsvoorwaarden verzwaart.

De (huur)overeenkomst tussen overheid en een private partij
Indien een gemeente in Frankrijk een gebouw in gebruik of in huur uitgeeft aan een private partij rijst de vraag of het een 'contrat administratif' betreft danwel een 'gewone' overeenkomst. Bij de beantwoording van deze vraag wordt onderscheid gemaakt tussen het in gebruik geven van een zaak toebehorend aan het 'domaine public' of een zaak toebehorend aan het 'domaine privé'. Tot het domaine public behoren alle zaken in de openbare ruimte die direct toegankelijk (moeten) zijn voor iedereen, bijvoorbeeld een markt. Domaine privé betreft alle goederen die toebehoren aan de overheid op grond van de wet, bijvoorbeeld kantoren van ministeries. Dit zijn zogenaamde 'biens communaux' beschreven in de loi du 10 juin 1793. Als het gaat om het in gebruik geven van een goed van het domaine public is het antwoord duidelijk. Het Décret-loi du 17 juin 1938 verklaart dat deze overeenkomsten gekwalificeerd moeten worden als administratiefrechtelijke overeenkomsten. Om deze reden is slechts het publiekrecht van toepassing. Bij het in gebruik of in huur uitgeven van een zaak behorend tot het domaine privé, ligt de situatie anders. In principe is het privaatrecht van toepassing op dit type overeenkomsten. Echter, indien in deze overeenkomst een 'clause exorbitante' wordt opgenomen, voldoet deze aan het hierboven genoemde criterium van een administratiefrechtelijke overeenkomst, met als gevolg dat het publiekrecht van toepassing is. Deze clauses kunnen bijvoorbeeld inhouden dat de gemeente de overeenkomst eenzijdig kan wijzigen.

Conclusie
Het Franse recht kent de publiekrechtelijke uitgifte in huur. Als het gaat om de verhuur van een deel van het 'domaine public' bepaalt de wet dat het publiekrecht hierop van toepassing is. Gaat het om een deel van het 'domaine privé', kunnen de regels van het privaatrecht eenvoudig ontweken worden. De jurisprudentie van de Franse administratieve rechter heeft een aantal criteria ontwikkeld voor de beoordeling of een overeenkomst onder het privaatrechtelijke dan wel publiekrechtelijke regime valt. Door het opnemen van een 'clause exorbitante' in de overeenkomst zal deze moeten worden gekwalificeerd als een 'contrat administratif', met als gevolg dat het publiekrecht exclusief van toepassing is. De huurbeschermende bepalingen van de Code Civil en Code de Commerce worden daarbij, net als in de Nederlandse publiekrechtelijke uitgifte in huur, volledig buiten spel gezet. De 'permis stationnement' en de 'permission de voirie' zijn van publiekrechtelijke aard. Bij deze vorm van toestemming tot het gebruik c.q. huur van een deel van het publieke domein behoudt de overheid zich een aantal bijzondere rechten voor die niet leiden tot een grote mate van rechtsbescherming van de huurder.

4.3.3 Rechtsvergelijking Zwitserland

Aanknopingspunt voor de beantwoording van de vraag of Zwitserland een publiekrechtelijke uitgifte in huur kent is artikel 50 lid 1 van de 'Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (waarvan de tekst luidt: 'Die Gemeindeautonomie is nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet'). Deze regeling is overeenkomstig de Nederlandse variant in artikel 124 lid 1 Grondwet en komt erop neer dat een gemeente bevoegd is eigen regelingen te treffen, mits in overeenstemming met en afgebakend door het recht dat is opgenomen in de Kantonsverfassung (vergelijkbaar met de Provinciewet). Daarnaast is van belang de kantonale zelfwetgevingsmogelijkheid. Teneinde een illustratief voorbeeld te geven richt ik mij op het kanton Bern. Daarin stelt art. 50 lid 1 en lid 3 van de 'Gemeindegesetz des Kantons Bern' de 'Grundsatz der Selbsgesetzgebung'. Lid 1 daarvan stelt: 'die gemeinden erlassen im Rahmen des übergeordneten Rechts die für ihre Organisation und zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Vorschriften.' Lid 3 bepaalt: 'die Erlasse des Gemeinderates und der ihm untergeordneten Organe heissen Verordnungen.'[121] Aldus blijkt dat ook gemeenteraden in Zwitserland een verordenende bevoegdheid kennen. [122] De bepaling waarvan deze is afgeleid is overeenkomstig art. 121 Gemeentewet.

In elk geval het kanton Bern kent een rechtsfiguur dat overeenkomt met de in het Vishuisjesarrest gesanctioneerde publiekrechte uitgifte in huur. De gemeente Bern heeft namelijk de verordening van 24 oktober 1990, onder de naam 'Le conseil-exécutif du Kanton de Berne Ordonnance sur la perception de redevances pour l'usage commun accru ou l'usage particulier des voies d'eau publiques',[123] op basis waarvan men krachtens een vergunning gebruik kan maken van bepaalde waterwegen door middel van de 'l'usage particulier à concession'. Deze verordening maakt mogelijk het eenzijdig in gebruik geven van ligplaatsen van boten tegen betaling van liggeld ('redevances' of 'contributions'), daarmee het commune Zwitserse huurrecht ontwijkend. De overeenkomst met de Martktgeldverordening en daarmee gelieerde andere verordeningen van het Vishuisjesarrest dringt zich op. Een ander voorbeeld is de Zwitserse variant van het Vishuisjesarrest, het zgn. Coopérative Migros-arrest, in 1951 gewezen door de 'Le Tribunal Fédéral'.[124] Het betrof het kanton Zug waarin vergunningen aan marktkooplui waren uitgegeven die vanuit porto-cabins langs de kant van de publieke weg hun waren op door de gemeente bepaalde gezette tijden mochten verkopen, tegen betaling van redevances. Het kantonbestuur besliste dat het houden van dit soort publieke verkopen langs de openbare weg in strijd was met een hogere wet, waardoor de vergunningen in strijd met de hogere regeling waren uitgegeven. Dit had tot gevolg

121 Kanton Bern, *Belex Gesetzsammlung des Kantons Bern,* 2004, p. 5 e.v.

122 A. Grisel, *Droit administratif Suisse*, Neuchatel: éditions ides et calendes 1970, p. 304.

123 Kanton Bern, *Le conseil-exécutif du Kanton de Berne Ordonnance sur la perception de redevances pour l'usage commun accru ou l'usage particulier des voies d'eau*, 2004, p. 16 e.v.

124 Grisel, p. 301.

dat de vergunningen zonder slag of stoot weer konden worden ingetrokken, zonder dat de marktlui zich konden beroepen op huurbescherming.

Conclusie
Ook Zwitserland kent een rechtsfiguur die in sterke mate overeenkomt met de Nederlandse publiekrechtelijke uitgifte uit het Vishuisjesarrest. Ook blijkens het Migros-arrest is de juridische positie van de vergunninghouder volledig afhankelijk van de vergunningvoorwaarden. Van wettelijke huurbescherming was in dat geval geen sprake. In het hierboven gegeven voorbeeld kon de gemeente eenvoudig de verleende vergunningen weer intrekken. Daarmee kent Zwitserland haar eigen Vishuisjesarrest.

4.4 De commanditaire vennootschap

4.4.1 Inleiding

De rechtsvorm van de commanditaire vennootschap (CV) biedt een constructie waarmee met succes de semi-dwingendrechtelijke huurbescherming in het huurrecht van detailhandelsbedrijfsruimte buiten spel kan worden gezet. Dit blijkt uit een kwestie rond de Amsterdamse Hogeschool voor de Kunsten (AHK) waarbij de kantonrechter in 2000 en het Gerechtshof te Amsterdam in 2001 oordeelden dat het bestaan van een CV de toepasselijkheid van het huurrecht detailhandelsbedrijfsruimte uitsluit. Deze ogenschijnlijk wat obscure vaststelling noopt tot een nadere behandeling van de CV.

4.4.2 De AHK-kwestie

De Stichting Amsterdamse Hogeschool voor de Kunsten (AHK) wilde in een gedeelte van haar nieuwe complex te Amsterdam een horecabedrijf exploiteren. Het betrof aanvankelijk een schoolkantine die met de komst van publiek van buitenaf een rendabele extra bron van inkomsten zou kunnen vormen. Zo werd de schoolkantine omgevormd tot een volwassen café-restaurant en het AHK-bestuur construeerde hiertoe een CV, waarin zij als commanditaire vennoot geld investeerde, het gebruik van het object in de vennootschap inbracht en waarbij een van buiten aangetrokken professionele horeca-exploitant als beherend vennoot werd aangetrokken die de exploitatie ter hand nam. In art. 7A:1662 lid 2 BW (oud) is, naar termen van het oude huurrecht, vastgelegd dat op de inbreng van het 'genot' van een goed de artikelen 7A: 1584 t/m art. 7A:1623 BW van toepassing zijn. Hieruit volgt dat dat *niet* geldt voor de artt. 7A:1624 e.v. BW.[125] Krachtens de Memorie van Toelichting bevat art. 7A:1662 lid 2 (in het thans aanhangige wetsvoorstel 28 746 is de tekst van het nieuwe art. 7:805 lid 2 BW gelijkluidend) uitdrukkelijk niet de verwijzing naar artt. 7A:1624 e.v. BW en de Huurwet (dit behoort sedert 1 augustus 2003 uiteraard te zijn: art. 7:290 e.v. BW), omdat van enige behoefte aan bepalingen die een verondersteld zwakke partij tegen een sterke beogen te

125 H. W. Heyman e.a., *De commanditaire vennootschap in de actuele praktijk*, 1988, p. 16 e.v.

beschermen in de context van een vennootschap geen behoefte bestaat. Een CV veronderstelt immers een gelijkwaardig samenwerkingsverband.[126] Op het moment dat de beherend vennoot in staat van faillissement kwam te verkeren, en nadat de curator de onderneming (onder voorbehoud van indeplaatsstelling) aan een derde had verkocht, bleef de AHK als inbrenger in de CV rechthebbende krachtens het voortzettingsbeding in de CV-akte. Het betreffende beding luidde als volgt:

> Wanneer de vennootschap eindigt door (…) liquidatie van een vennoot-rechtspersoon, heeft de overblijvende vennoot het recht de zaken van de vennootschap alleen of met anderen voort te zetten mits hij zijn verlangen daartoe binnen twee maanden na het eindigen van de vennootschap bij aangetekende brief te kennen geeft aan de gewezen vennoot (…).

Een vordering tot indeplaatsstelling voor de kantonrechter strandde en in hoger beroep van een kortgedingvonnis werd de curator tot ontruiming veroordeeld. Van huur van bedrijfsruimte, laat staan de daaraan gekoppelde huurbescherming was dus geen sprake.[127] Zo bleek dat men bij een CV kan spreken van een constructie die zijn steun vindt in de wet, zodat van ontduiking van (semi-)dwingendrechtelijke huurbescherming strikt genomen geen sprake is doch veeleer van een gerechtvaardigde ontwijking ervan. De commanditaire vennootschap is daarmee een ontwijkingsconstructie waarmee het huurrecht bedrijfsruimte overboord kan worden gezet. De rechten en plichten van de beherend en de stille vennoot vloeien louter voort uit de CV-akte.

4.4.3 De aard en de plaats van de CV in het vennootschapsrecht

Historie

De geschiedenis van het vennootschapsrecht in algemene zin begint met de Romeinse 'societas' (lotsgemeenschap). Hoewel de societas ontstond op grond van een overeenkomst, was in eerste instantie geen sprake van een samenwerkingsverband. Iedere socius streefde met de societas als vermogensgemeenschap slechts het eigen doel na. Pas in een later stadium werden binnen de societas onderlinge afspraken gemaakt, waarbij men een gemeenschappelijk doel ging nastreven: het behalen van voordeel. Vanaf dat moment stond de samenwerking binnen de societas centraal: de 'affectio societatis'. Daarbij was het essentieel dat de goederen binnen de societas middelen waren om een gemeenschappelijk doel na te streven. De vraag of de goederen al of niet

126 A. Mohr, *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, 1998, p. 13 e.v. Dezelfde overweging in de parlementaire geschiedenis keert voortdurend terug. Zie: P. van Schilfgaarde en A. G. van Solinge, *De vennootschap volgens het ontwerp B.W.*, pre-advies voor de Vereeniging 'Handelsrecht', Zwolle, 1974, p. 146; A. Mohr, M. J. A. van Mourik en H. M. N. Schonis, *Personenvennootschappen*, Pre-advies van de Vereeniging 'Handelsrecht', Deventer 2003, p. 115 e.v.

127 Ktr. Amsterdam 9 augustus 2000, rolnr. 99/5708 (n.g.) en Gerechtshof Amsterdam 15 februari 2001, rolnr. 99/0608 (n.g.).

tot het gemeenschappelijk eigendom behoorden, stond dus niet meer centraal. Door de receptie van het Romeinse recht kwam de societas in ons rechtssyteem terecht; de Middeleeuwse juristen waren immers hoofdzakelijk georiënteerd op het Romeinse Recht en namen daardoor ook de *societas* en haar varianten over.[128] Met de vraag naar samenwerkingscontracten die aan de behoeften van de toegenomen handel voldeden, ontstonden vanaf de dertiende eeuw respectievelijk het contract waarbij twee of meer kooplieden zich verbonden om gezamenlijk handel te drijven, veelal onder een gemeenschappelijke *firma*,[129] en het contract waarbij iemand aan een koopman geld of goederen toevertrouwde teneinde daarmee handel te drijven. Bij dit laatste contract, in het Italiaans o.a. met de term *commenda* aangeduid,[130] kreeg degene die investeerde een aandeel in de winst, maar hij kon ook zijn inbreng verliezen als het misliep.[131] De societas heeft zich als vermogensgemeenschap langzamerhand ontwikkeld tot een societas als verenigingsvorm (de maatschap).
De *societas* en haar varianten, waaronder de commanditaire vennootschap, zijn via de Traité du Contrat de Société (1699-1772) en de Code Civil (1804) in 1838 in ons Wetboek van Koophandel terechtgekomen. Ten slotte is de *societas* vertaald naar maatschap of vennootschap en per 1 januari 1992 opgenomen temidden van de andere bijzondere overeenkomsten, vide artt 1655-1689 in boek 7A.[132] (De regelgeving betreffende de CV huist nog altijd in het Wetboek van Koophandel.)[133] De huidige wettelijke definitie van de maatschap zoals vastgelegd in art. 7A:1655 BW luidt als volgt:

> Maatschap is eene overeenkomst, waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te deelen.

Opmerkelijk is dat uit de oorspronkelijke titel van boek 7A van het Burgerlijk Wetboek blijkt dat de termen maatschap en vennootschap als synoniemen werden beschouwd. Dit laatstgenoemde blijkt ook uit enige teksten van Hugo de Groot. Pas in 1935 is de term vennootschap verwijderd uit de maatschapstitel. Hierbij beoogde de wetgever de benaming van de vennootschap voortaan te reserveren voor de vennootschap onder firma (VOF), de naamloze vennootschap (NV) en de CV.[134]

Anno 2005 bestaan er drie personenvennootschappen: de maatschap, de VOF en de CV, waarbij de contractuele samenwerking tussen de vennoten centraal staat. Voor alle

---

128 J. H. A. Lokin, en W. J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Codificatiegeschiedenis van Europa*, Deventer: Kluwer, 2001, p.
129 *'Firma'*: handelsnaam.
130 *'Commendare'*: toevertrouwen.
131 P. L. Wery, *Hoofdzaken maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Kluwer, 2001, p. 1-4.
132 Wery, p. 1.
133 M. J. A. van Mourik, *De personenvennootschap,* Zwolle: W. E. J. Tjeenk Willink 1993, p. 3-4.
134 Wery, p. 3-5.

drie personenvennootschappen geldt dat er tussen partijen geen hiërarchische verhouding bestaat, dit in tegenstelling tot andere duurverhoudingen zoals bij huur, geldlening en de arbeidsovereenkomst.[135] Omdat de term 'vennootschap' oorspronkelijk een synoniem van maatschap is, dient men de CV en de VOF als bijzondere vormen van de maatschap te beschouwen. Dit betekent dat de CV alle kenmerken van de maatschap heeft. Alle regels van maatschapsrecht gelden dan ook voor een CV en de VOF, behoudens uitzonderingen. De wet geeft geen definitie van het begrip CV, maar uit de rechtsgeschiedenis, de plaats in de wet en de wetsartikelen 19 t/m 21 WvK kan men de CV als volgt omschrijven:

> Een commanditaire vennootschap is de maatschap tot uitoefening van een bedrijf onder gemeenschappelijke naam, waarbij een of meer vennoten – de beherende vennoten – het beheer voeren, en een of meer andere vennoten – de commanditaire vennoten – alleen kapitaal inbrengen, geen beheersdaden mogen verrichten en niet verder in de verliezen bijdragen dan tot het bedrag of de waarde van hun inbreng.[136]

De beherend vennoot is degene die de onderneming leidt, terwijl de commanditaire vennoot geen beheersbevoegdheid heeft. Hiermee houdt ook een verschil in *inbreng* tussen beide typen vennoten verband. De beherend vennoot verbindt zich in elk geval tot de inbreng van arbeid; de commanditaire vennoot uitsluitend tot kapitaalinbreng. Tegenover de verplichting van de commandite om zich van het beheer te onthouden, staat het voorrecht van zijn niet-aansprakelijkheid voor vennootschapsschulden. De commandite kan slechts verliezen wat hij heeft ingebracht.[137] In tegenstelling tot de commandite is de beherend vennoot zowel persoonlijk als hoofdelijk aansprakelijk voor alle vennootschapsschulden. De commandite kan men als een 'geldschieter' beschouwen; hij kan krachtens art. 7A:1662 lid 1 BW geld, goederen, genot van goederen en arbeid inbrengen. Ook kan hij goodwill en vermogenswaarde inbrengen met als doel het dienstbaar maken aan het economisch streven van de maten.[138] Bij het inbrengen van het genot van een goed blijft de commandite rechthebbende van het goed. De vermogensbestanddelen behoren dus na ontbinding van de CV niet gemeenschappelijk aan de vennoten toe.[139] Bij beëindiging van de vennootschap neemt zijn verplichting om het genot van het goed ter beschikking te doen zijn van de vennootschap een einde.[140]

---

135 Mohr, p. 13-17.
136 Wery , p. 98.
137 Dit staat niet in de wet, maar het heeft volgens Wery vanouds gegolden als essentieel voor de CV. Bovendien volgt het a contrario uit art. 21 WvK. Zie Wery, a.w., p. 103.
138 Van Mourik, p. 5.
139 Wery p. 21.
140 Mohr, p. 39-40.

De huidige en de nieuwe wettelijke regeling
De artikelen 19, 20 en 21 van Wetboek van Koophandel (WvK) zijn specifiek geschreven voor de vennootschap 'bij wijze van geldschieting' of de vennootschap 'en commandite'. In artikel 19 lid 1 worden twee varianten gegeven van de commanditaire vennootschap: de vennootschap aangegaan tussen een persoon en een of meer andere personen die als geldschieters fungeren of de vennootschap tussen twee of meerdere hoofdelijk aansprakelijke vennoten en een of meerdere andere personen als geldschieters.[141]
Een commanditaire vennootschap kan aldus worden omschreven als een maatschap, tot uitoefening van een bedrijf onder gemeenschappelijke naam, waarbij een of meer vennoten – de beherende – het beheer voeren en een of meer andere vennoten – de commanditaire – alleen kapitaal inbrengen en geen beheersdaden mogen verrichten.[142]
De CV kan tevens aangemerkt worden als een VOF indien er meer dan één beherend vennoot is.[143] Daar de CV dus maatschap is, of zoals bij de tweede variant van artikel 19 lid 1, een VOF (een gekwalificeerde maatschap), gelden naast de regels in het WvK ook de maatschapsregels van artikel 7A:1655 e.v. Vanzelfsprekend gelden voor de CV die tevens als VOF aangemerkt kan worden ook de VOF-regels, althans voorzover er niet bij wettelijke regels met betrekking tot de CV van wordt afgeweken. De regels met betrekking tot de maatschap zijn opgenomen in boek 7A BW, in de artikelen 1655 e.v. Deze regels stonden aanvankelijk in boek 4, maar zijn per 1 januari 1992 verplaatst naar boek 7A, dit in afwachting van een pre-advies, politiek debat, nadere wetgeving en ten slotte definitieve inbedding in het BW.[144] Omdat de maatschapsregels in grote lijnen ook gelden voor de in het WvK genoemde vennootschappen, zullen deze rechtsvormen, tezamen met de maatschapsregels, in het nog tot stand te brengen titel 13 van boek 7 worden geplaatst. [145]

Het ontwerp van titel 7:13 (het huidige wetsvoorstel 28 746 c.q. de artt. 7:800 t/m 837) dateert van 1972 en staat op naam van prof. mr. W.C.L. Van der Grinten.[146] Het ontwerp van der Grinten gaat uit van de het basistype van de vennootschap als 'vennootschap in het algemeen'. Deze wordt vervolgens onderscheiden in de genustypen 'openbare' en 'stille' vennootschappen. Een vennootschap is openbaar indien er onder gemeenschappelijke naam wordt gehandeld en een vennootschap is stil indien niet onder gemeenschappelijke naam wordt gehandeld. Indien onder gemeenschappelijke naam bedrijfshandelingen worden verricht, is er sprake van een VOF en gelden mede de regels daarvoor. Aan het slot van titel 7:13 wordt de CV als species van het genustype geregeld. Zij dient te worden beschouwd als een zelfstandige rechtsvorm, naast de

141 Van Mourik, p. 18 en 19.
142 Van Mourik, p. 20.
143 Mohr, p. 83.
144 Mohr, p. 5.
145 Mohr, p. 3.
146 J. J. A Hamers, *Inleiding personenvennootschappen*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004, p. 29.

VOF. De term maatschap is geschrapt in het ontwerp. Reden hiervoor is dat het onderscheid van de burgerlijke maatschap en de handelsvennootschap geen rol meer speelt in het ontwerp omdat dit uitgaat van de basisvorm 'vennootschap in het algemeen'.[147] Het meest kenmerkende verschil tussen de regeling zoals die op dit moment geldt en de ontwerpregeling van titel 7:13 is de toekenning van de mogelijkheid te kiezen voor rechtspersoonlijkheid aan alle vennootschappen waarin onder gemeenschappelijke naam wordt gehandeld. De personenassociaties kunnen worden derhalve een juridische entiteit in het rechtsverkeer worden. Dit zou derhalve het einde betekenen van de CV als personenvennootschap. Veel gevolgen op het gebied van de aansprakelijkheid van de vennoten en voor de interne verhoudingen heeft dit niet, zo blijkt uit de artikelen 7.13.1.6 en 7.13.2.2 van het ontwerp. De toekenning van rechtspersoonlijkheid zal hoofdzakelijk gevolgen hebben voor het vermogen van de vennootschap.[148] Ook is van belang de nieuwe definitie van de CV in art. 8:801 lid 1 als:

> … de vennootschap tot het uitoefenen van een beroep of bedrijf dan wel tot het verrichten van beroeps- of bedrijfshandelingen, die op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten optreedt onder een door haar als zodanig gevoerde naam.

Aldus blijkt dat de toekomstige CV niet alleen de uitoefening van een bedrijf, maar ook van een beroep kan behelzen. De CV vindt in titel 7.13 BW haar specifieke bepalingen in de artikelen 836 en 837. Relevant is hier artikel 836, waarvan de eerste twee leden als volgt luiden:

> De commanditaire vennootschap is de als zodanig optredende openbare vennootschap welke naast één of meer gewone vennoten één of meer commanditaire vennoten heeft (lid 1)
> De commanditaire vennoot is de vennoot die niet uitsluitend arbeid inbrengt, die uitgesloten is van de bevoegdheid om rechtshandelingen te verrichten voor rekening van de vennootschap, en die in het verlies der vennootschap niet verder behoeft te delen dan tot het bedrag van hetgeen hij heeft ingebracht of verplicht is in te brengen (lid 2).

De commandite weet zich dus in het nieuwe recht vergezeld van de 'gewone' vennoot (art. 7:836 lid 1 BW).[149] Tenzij contractueel anders is bepaald, is iedere gewone vennoot 'besturend' vennoot, zo leert lezing van art. 7:809 lid 1 BW. De regeling van de aansprakelijkheid blijft hetzelfde. De commandite is in zijn verlies beperkt tot het bedrag van zijn inbreng (art. 7:836 lid 2 BW).[150]

---

147 Mohr, p. 6.
148 Mohr, p. 7.
149 'Gewone vennoten zijn alle andere dan de commanditaire vennoten. In de literatuur worden zij ook wel aangeduid als "complementaire" vennoten. Zij kunnen allen besturend vennoot zijn, maar dit is niet noodzakelijk.' Kamerstukken II 28 746, Nota naar aanleiding van het verslag (nr. 5), p. 29.

Volgens Wery zijn de belangrijkste redenen om voor de CV te kiezen enerzijds gelegen in verschillen tussen een gelduitlener en een commanditaire vennoot die geld inbrengt,[151] anderzijds in de mogelijkheid ook andere kapitaalinbreng dan geld in de vennootschap in te brengen. Dit laatste volgt uit het maatschapsrecht, dat zoals gezegd ook op de CV van toepassing is. Een hoofdrol in dit verband speelt art. 7A:1662 BW.

4.4.4 Art. 7A:1662 lid 2 BW en zijn opvolger

In Boek 7A treft men – temidden van allerlei andere regelingen van oude en versleten bijzondere overeenkomsten die nog altijd niet zijn opgeknapt en in geheel gerenoveerde toestand in het nieuwe BW zijn geïncorporeerd – de regeling van de overeenkomst van maatschap, de artikelen 7A:1655-1790 BW. Het eerste artikel van die reeks leert:

> Maatschap is eene overeenkomst, waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te deelen (art. 7A:1655 BW).

Het 'in gemeenschap te brengen' wijst op de inbreng van de vennoten, nader geregeld in art. 7A:1662 BW. Het eerste lid van die bepaling luidt:

> De inbreng van de vennoot kan bestaan in geld, goederen, genot van goederen en arbeid.

In het kader van het huurrecht speelt bij het leerstuk van de inbreng het genot van goederen een hoofdrol. 'Genot van goederen' doet denken aan de – verouderde – huurterminologie. Vandaar dat het tweede lid van art. 7A:1662 BW de artikelen 1584-1623 BW (oud) – de algemene bepalingen van huur en verhuur die tegenwoordig te vinden zijn in de artt. 7:201-231 BW – op het genot van goederen 'van overeenkomstige toepassing' verklaart, 'voor zover de aard van de rechtsverhouding zich daartegen niet verzet'.

---

150 'Wil een vennoot commanditaire vennoot zijn, als zodanig worden gekwalificeerd, dan moet zijn voldaan aan drie in cumulatieve zin op te vatten elementen. Hij moet uitgesloten zijn van de bevoegdheid om rechtshandelingen voor rekening van de vennootschap te verrichten. (…) Voorts moet de commanditair in het verlies niet verder delen dan tot het bedrag van hetgeen hij heeft ingebracht of verplicht is in te brengen. (…) Ten slotte is als eerste element dat in het Ontwerp-Van der Grinten ontbrak, opgenomen dat de commanditair niet uitsluitend arbeid mag inbrengen.' *Kamerstukken II* 28 746, Memorie van Toelichting (nr. 3), p. 73.

151 Wery, noemt in dit kader op p. 103 drie verschillen. 1. Een geldschieter is schuldeiser voor een bepaald bedrag en behoudt zijn vordering als de zaken van zijn schuldenaar slecht gaan; een commanditair kan dan zijn geldinbreng verliezen. 2. Een commanditair is als vennoot mede gerechtigd in de vennootschappelijke goederengemeenschap, een gelduitlener niet. 3. Een gelduitlener kan zijn vordering in beginsel door cessie overdragen; het recht van een commanditair is persoonsgebonden, persoonswisseling is in beginsel niet mogelijk.

Een en ander is terug te vinden in wetsvoorstel 28 746, alwaar art. 7:805 BW optreedt als opvolger van art. 7A:1662 BW en als volgt luidt:[152]

> De inbreng waartoe iedere vennoot is gehouden, bestaat uit het ten behoeve van de samenwerking leveren van een prestatie, in het bijzonder uit het ter beschikking stellen van geld, goederen, genot van goederen of arbeid. (lid 1)
> De inbreng van geld, goederen of genot van goederen verplicht tot inbreng in de vennootschappelijke gemeenschap, en bij een openbare vennootschap die rechtspersoon is tot inbreng in die rechtspersoon. Op een zodanige inbreng van een goed zijn de bepalingen omtrent koop, op een zodanige inbreng van genot van een goed de artikelen 201 tot en met 231[153] van Boek 7 van overeenkomstige toepassing, een en ander voor zover de aard van de rechtsverhouding zich daartegen niet verzet. (lid 2)
> Iedere vennoot kan ten behoeve van de vennootschap de naleving van de verplichting tot inbreng vorderen. (lid 3)
> Van dit artikel kan niet worden afgeweken. (lid 4)

Volgens de Memorie van Toelichting moet in algemene zin onder inbreng worden verstaan 'het leveren van een bijdrage tot het bereiken van het gemeenschappelijke doel'. Voor het huidige recht volgt dit reeds uit HR 7 december 1955, *NJ* 1956, 163.[154] De bedoelde bijdrage kán bestaan in geld of (het genot van) een vermogensbestanddeel, maar is daartoe niet beperkt. Dit laat ook het tweede lid zien, dat het gehele huidige art. 7A:1662 BW in zich bergt. Dat de verplichting tot inbreng tot de essentialia van de overeenkomst van vennootschap behoort en het dus ook niet wenselijk is dat bij die overeenkomst afwijkende regelingen worden getroffen, spreekt uit het vierde lid dat deze regels dwingend voorschrijft.[155] Het huidige art. 7A:1662 BW vinden we, evenals art. 7:805 in het wetsvoorstel, in de algemene regeling van de personenvennootschappen. Het bepaalde geldt dus voor de CV, de maatschap en de VOF. Aldus blijkt dat indien het huidige wetsvoorstel als wet zou worden aanvaard en in werking zou treden, de toepasbaarheid van de AHK-uitspraken overeind blijft.

Nader over 'inbreng'
De AHK stelde als commandite 'de ruimte in het gebouw ter beschikking'.[156] De kantonrechter en het Amsterdamse Hof stapten in 2000 resp. 2001 heen over het feit dat de AHK de ruimte slechts 'ter beschikking stelde' en dus strikt genomen niet als

152 Voor een algemene beschouwing over het wetsvoorstel verwijs ik A. J. M. Tervoort, *De nieuwe wettelijke regeling inzake personenvennootschappen*, Njb 21 februari 2003, p. 362-370.
153 Als direct gevolg van de aanduiding van deze reeks wetsartikelen met als evidente strekking het noemen van de algemene bepalingen (en niet meer dan dat), wordt daarin abusievelijk ook art. 7:230A meegenomen. Dit was uiteraard niet de bedoeling maar wel het gevolg van de verkeerde plaatsing van dit artikel (zie paragraaf 13.1).
154 Kamerstukken II 28 746, Memorie van Toelichting (nr. 3), p. 11.
155 Kamerstukken II 28 746, Nota naar aanleiding van het verslag (nr. 5), p. 12.

genot inbracht. Dit lijkt erop te duiden dat ter beschikking stellen en het inbrengen als genot in de praktijk gelijkgesteld dienen te worden. Is dat wel juist?[157]
Vanuit juridisch-technisch opzicht staat vast dat indien slechts het genot in de vennootschap wordt ingebracht, dit niet leidt tot het verkrijgen van de eigendom van dat goed door de gezamenlijke vennoten. Dat wil echter niet zeggen dat er geen gemeenschap ontstaat in de zin van art. 3:166 BW; het recht op genot van een goed is immers een vermogensrecht.[158] Maar, zo vraagt bijvoorbeeld Van Mourik zich af, hoe moet de inbreng van genot gewaardeerd worden? En: 'zullen schuldeisers zich met vreugde verhalen op dat genot?'[159] In de AHK-kwestie werd niet de schuldeiser, maar de beoogd rechtsopvolger van exploitant Coenen, Van der Leden (die de onderneming had gekocht) met dit probleem geconfronteerd. Gebruik van de ruimte was ingebracht, maar was dit nu een vermogensrecht? Wat is de waarde van zo'n recht in een CV, wanneer de commandite vrij is die inbreng op grond van een contractueel voortzettingsbeding terug te trekken wanneer een andere ondernemer de onderneming wil voortzetten? Dat 'ter beschikking stellen' iets anders is dan 'inbrengen' stellen met zoveel woorden Hamers en Van Vliet:

> Bedenk overigens dat het verhuren van computers of een huis aan de maatschap niet leidt tot inbreng in gemeenschap. Hier kan gesproken worden van het leveren van een prestatie (het verhuren van de goederen) en het ontvangen van een tegenprestatie van de maatschap (het ontvangen van huurpenningen). Van inbreng kan niet gesproken worden daar het element van het afstand doen ten behoeve van de gemeenschap niet kan worden waargenomen. Kortom, voor zover tegenover het verschaffen van genot een tegenprestatie staat, kan het verschaffen van genot niet worden gezien als een inbreng.[160]

De conclusie dringt zich op dat bij de formulering van de verplichting van de commandite maar beter kan worden gesproken van inbreng van het gebruik van de ruimte dan van het ter beschikking stellen van de ruimte. Ondanks het feit dat de (schaarse) rechtspraak uit 2000 en 2001 hier overheen is gestapt bestaat de gerede kans dat dat de volgende keer niet gebeurt.

---

156 Artikel 5 lid 1 sub b van de – nooit door beide partijen ondertekende – 'Overeenkomst commanditaire vennootschap'. Zo'n akte is gebruikelijk, maar niet noodzakelijk; voor het aangaan van een c.v. is geen vorm voorgeschreven. Wel is inschrijving in handelsregister nodig, waartoe de verplichting rust op de beherende venno(o)t(en). Zie Wery, a.w., p. 105.

157 Van Mourik betoogt hierbij overigens dat de inbreng van genot enkel inbreng in economische zin betekent. Hij prefereert de uitdrukking 'inbreng in enkel economische zin' boven 'economische eigendom'. Zie Mohr, van Mourik en Schonis: p. 138.

158 Hamers en van Vliet, p. 59.

159 Mohr e.a., a.w., p. 168. Van Mourik brengt dit ook als aandachtspunt (3) bij zijn advies naar voren (p. 174).

160 Hamers en Van Vliet, p. 59-60.

4.4.5 De reikwijdte van de ontwijkingsconstructie

Gezien het nauwe onderlinge verband van de CV, de maatschap en de VOF dringt de vraag zich op of de CV-constructie zoals toegepast in de AHK-kwestie ook voor de maatschap of de VOF kan gelden. Daartoe is van belang nader in te gaan op de ratio achter artikel 7A:1662 lid 2 BW: de gelijkwaardigheid van het samenwerkingsverband der vennoten. Bij zowel de maatschap als de VOF wordt deze gelijkwaardigheid verondersteld aanwezig te zijn. De maatschapsovereenkomst moet gericht zijn op de samenwerking op voet van gelijkheid.[161] Bij een maatschap mag geen ondergeschiktheid van de ene vennoot jegens de andere vennoot bestaan. De VOF is een maatschap ter uitoefening van een bedrijf onder gemeenschappelijke naam.[162] Voor de VOF gelden alle kenmerken die ook voor de maatschap gelden.[163] Voor de VOF geldt dus ook de eis van gelijkwaardigheid. De CV is dus, indien er meer dan n commandite is, ook een VOF. De CV is ook altijd maatschap.[164] Ook van belang is de regeling van artikel 7A:1662 lid 2 geplaatst is in de afdeling van de maatschap. Nu ook bij de VOF en de maatschap het samenwerkingsverband gelijkwaardig is en nu deze gelijkwaardigheid de ratio vormt achter toepassing van artikel 7A:1662 lid 2, doordat deze vennootschapsvormen zeer gelijkend zijn en kwalificaties zijn van elkaar en omdat ten slotte voor elk van deze vennootschappen artikel 7A:1662 lid 2 BW geldt, strekt het toepassingsgebied van de ontwijkingsbepaling van de commanditaire vennootschap zich naar mijn mening dus mede uit tot de maatschap en de VOF.

4.4.6 Rechtsvergelijking België

Uit het Belgische Wetboek van Vennootschappen[165] ('W.Venn'), dat een onderdeel is van het Belgische Wetboek van Koophandel, blijkt dat ook in België een CV bestaat waarvan de wettelijke regeling is opgenomen in boek V ('De vennootschap onder firma en de gewone commanditaire vennootschap'). Boek I, II en IV van het W.Venn. bevatten diverse aanvullende bepalingen die (ook) van toepassing zijn op de CV: bepalingen met betrekking tot de vennootschap en rechtspersoonlijkheid, bestuur, de naam van een vennootschap, de oprichting en openbaarmakingsformaliteiten, de jaarrekening e.d. Art. 1 W.Venn. bepaalt dat een vennootschap dient te zijn opgericht krachtens overeenkomst op grond waarvan twee of meer personen een goed in de gemeenschap inbrengen met als doel één of meer nauwkeurig omschreven activiteiten uit te oefenen en met het oogmerk aan de vennoten een vermogensvoordeel te bezorgen. Uit dit voorschrift volgen de voorwaarden voor oprichting van de CV: winstoogmerk, inbreng in de gemeenschap in geld, goederen of nijverheid. Dit laatste vereiste is vervat in art. 19 § 2 W. Venn. Opmerkelijk is dat in dit artikel, in tegenstelling tot art. 7A:1662

161 F. X. Olmer, *Vademecum ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer, 1988, p. 17.
162 Olmer, p. 1.
163 Wery, p. 77.
164 Wery, p. 98.
165 W. 7 mei 1999 houdende het Wetboek van de Vennootschappen (B.S. 6. VIII, 1999).

lid 1 BW, niet gesproken wordt over inbreng van 'het genot van een goed', hetgeen niettemin mogelijk is. Ook in België wordt uitgegaan van de 'affectio societas' (art. 30 en 32 W.Venn.), die in elk geval moet bestaan op het moment van oprichting.[166] Aangezien ook de Belgische CV een personenvennootschap is, is ook bij deze Belgische variant sprake van een 'intuiti personae': de overeenkomst wordt aangegaan met personen die men kent, of waar men een groot vertrouwen in heeft.[167] Verder wordt de Belgische CV door art. 2 § 2 W.Venn. erkend als een rechtspersoonlijkheid bezittende handelsvennootschap. Een dergelijke vennootschap heeft het 'verrichten van daden van koophandel' tot doel. Anders dan de Nederlandse wet geeft de Belgische wet de definitie van de CV. Art. 202 W.Venn. (Boek V) bevat dat de specifieke regelingen ten aanzien van de CV waarin de CV als volgt omschreven:

> De gewone commanditaire vennootschap is een vennootschap die wordt aangegaan tussen één of meer hoofdelijk aansprakelijke vennoten, beherende vennoten genoemd, en één of meer geldschieters, stille vennoten genoemd.

Uit een vergelijking van de toepasselijke bepalingen uit het W.Venn. met de bepalingen uit boek 7A BW en de bepalingen uit het WvK, blijkt dat de Belgische CV (art. 202 W.Venn) bijkans identiek is met de Nederlandse CV. De Nederlandse CV is echter, in tegenstelling tot de Belgische, een bijzondere vorm van de maatschap. De bepalingen met betrekking tot de maatschap, gelden in Nederland als algemene bepalingen voor de CV. Ook al is de CV een bijzondere vorm van de maatschap, duidelijk komt in de bovenstaande definitie naar voren dat de CV naar Nederlands recht dezelfde aard en kenmerken heeft als de CV in België. Zo is bijvoorbeeld de aansprakelijkheid van de vennoten, zoals neergelegd in artt. 205 tot en met 208 W. Venn. (op vergelijkbare wijze geregeld in de artt. 18 tot en met 21 WvK). Bovendien kan ook bij de Belgische CV de commandite iets anders inbrengen dan geld, en is deze niet slechts als geldschieter te kwalificeren (zie art. 7A:1662 lid 1 BW).

> Uit het bovenstaande zou kunnen worden geconcludeerd dat (ook) de Belgische CV uitkomst zou kunnen bieden teneinde de wettelijke Handelshuur te ontwijken.

De aard van het huurrecht handelshuur in België

Van belang is te beseffen dat ontwijking van de Handelshuur een interessante constructie zou kunnen zijn vanwege haar overwegend dwingendrechtelijke karakter (zie paragraaf 3.4.2), welk karakter in 1971 door een standaarduitspraak van het Hof van Cassatie nog is bevestigd[168] In Nederland wordt de CV-ontwijkingsconstructie

166 B. Tilleman, A. Benoît-Moury, *Geannoteerde Wetboek van Vennootschappen met bijzondere wetgeving*, Brugge: Die Keure, 2000, p. 2-3, verwijst naar Cass. 26 oktober 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, 753, Pas. 1990, I, 247.

167 H. Geinger, N. Heijerinck, *Inleiding tot het vennootschapsrecht*, Brugge: Die Keure, 2003, p. 4.

168 M. Dambre, J. Gerlo, *Geannoteerd Burgerlijk Wetboek*, Brugge: Die Keure, 2001, p. 591, verwijst naar Cass. 19 maart 1971, *Arr. Cass.* 1971, 699.

uitdrukkelijk gebaseerd op art. 7A:1662 lid 2 BW. Bestudering van het Belgische Wetboek van de Vennootschappen en de Handelshuurwet wijst echter uit dat een dergelijke bepaling in België ontbreekt. In art. 19 W.Venn. wordt weliswaar bepaald dat de vennoten geld, of andere goederen of nijverheid dienen in te brengen, maar er wordt geen woord gewijd aan toepasselijke en niet-toepasselijke bepalingen van het Belgische wettelijk huurrecht. Zoals gesteld: de zinsnede 'inbreng van het genot van een goed' ontbreekt in art. 19 W.Venn. Ook elders is geen wetsbepaling te vinden die enig aanknopingspunt biedt om met zekerheid te stellen dat de CV in het Belgische vennootschapsrecht een gerechtvaardigde inbreuk is op de overwegend dwingendrechtelijke Handelshuur.

De vraag rijst of er wellicht een ándere wettelijke mogelijkheid bestaat die ertoe kan leiden dat de Handelshuurwet in een materieel op handelshuur gelijkende relatie toepassing mist. Zo valt art. 2 sub 4 van de Handelshuurwet op, waarin is vastgelegd dat de bepalingen betreffende Handelshuur niet van toepassing zijn op de huur van onroerende goederen met een gering kadastraal inkomen, noch op de huur van gedeelten van zodanig onroerend goed. De hoogte van dit kadastraal inkomen mag niet hoger zijn dan het bedrag bepaald bij een in de ministerraad overgelegd koninklijk besluit.[169] De AHK zou dus in België, zonder gebruik te kunnen maken van een bepaling overeenkomstig art. 7A:1662 lid 2 BW, krachtens art. 2 sub 4 het gedeelte van hun gebouw aan de horeca-exploitant verhuurd kunnen hebben, zonder last te hebben van het huurrecht handelshuur indien er sprake zou zijn geweest van huur van een gedeelte van het gebouw 'met een gering inkomen'. Deze bepaling biedt echter geen uitkomst bij de beantwoording van de vraag of de CV een principiële gerechtvaardigde inbreuk op de Handelshuurwet is.

Een onderzoek naar de Belgische ontduikingsjurisprudentie levert soortgelijke constructies op als in Nederland. Zo kan het verlenen van een (tijdelijk) gebruiksrecht op een onroerende zaak (b.v. een ruimte voor consumptieverkoop in een tentoonstellingsruimte) onder omstandigheden gekwalificeerd worden als een 'verkoop van cliënteel' in plaats van huur.[170] Ook via de figuur van bruikleen wordt gepoogd het wettelijke huurrecht te omzeilen.[171] Deze constructie wordt echter doorgaans slechts bij woonruimte opgetuigd en is, indien er sprake is van enigerlei tegenprestatie hoezeer gering ook, bij voorbaat kansloos.[172]

---

169 Pauwels, p. 49, verwijst naar Kb 23 december 1951, Stb. 26-28 december 1951, gewijzigd wat de bedragen betreft bij Kb 21 augustus 1962, Stb. 31 augustus 1962; laatstelijk € 1.500,– per jaar.

170 B. Tilleman, W. van Gerven, *Beginselen van het Belgische privaatrecht X, Overeenkomsten, deel 2 Bijzondere overeenkomsten, A. Verkoop, Deel 1 Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, Antwerpen: Kluwer, 2001, p. 21, verwijst naar Cass. (1ste kamer), 16 maart 1922, *Pas.* 1922, I, 200.

171 Tilleman en van Gerven, p. 646.

172 Rb. Kortrijk 8 mei 1979, *T. Not*. 1980; *Rev. not. b.* 1980, 402.

Bijzondere aandacht verdient een uitspraak van het Hof van Cassatie uit 1968 met betrekking tot een stille vennootschap krachtens in art. 48 W.Venn. De stille vennootschap is een vennootschap waarbij één of meer personen een belang nemen in de verrichtingen van één of meer anderen die onder eigen naam optreden. Er is daarbij sprake van één of meer niet-actieve deelgenoten tegenover één of meer wel actieve deelgenoten, die in eigen naam optreden. Het is een (niet, zoals de CV, openbare) vennootschap, hetgeen tot gevolg heeft dat goederen, inclusief de bedrijvigheid van de vennoten in de gemeenschap worden ingebracht met het oog op het maken en verdelen van winst. In Nederland heeft een stille vennootschap, anders dan in België, het karakter van een (niet openbare) maatschap en heeft geen zelfstandige juridische betekenis.[173] In de hierboven aangehaalde uitspraak uit 1968[174] is geoordeeld dat een huurovereenkomst 'geherkwalificeerd' kan worden als vereniging bij wijze van deelneming (dit is de oude aanduiding voor een stille vennootschap) wanneer de betaalde huurgelden in feite de aan de niet-actieve deelgenoot uitbetaalde winsten zijn. De stille handelsvennootschap kan dus uitkomst bieden de Handelshuurwet te ontwijken, doch daarbij ontberen partijen een wettelijk aanknopingspunt overeenkomstig art. 7A:1662 lid 2 BW.

Conclusie
In België bestaat er een bijkans identiek figuur als de CV in Nederland: de 'gewone CV'. De Belgische CV heeft dezelfde aard en kenmerken als de Nederlandse CV en kan dus op vergelijkbare wijze uitkomst bieden bij een poging de Handelshuurwet te ontwijken. In Nederland is de strekking van art. 7A:1662 lid 2 BW het gelijkwaardige samenwerkingsverband. In België is er bij de gewone CV eveneens sprake van een gelijkwaardig samenwerkingsverband. Er moet immers sprake zijn van de 'affectio societas' bij oprichting van de vennootschap. Toch is de Belgische wetgever niet ertoe overgegaan een bepaling overeenkomstig art. 7A:1662 lid 2 in het Wetboek van de Vennootschappen op te nemen. Aldus biedt het vennootschapsrecht geen gerechtvaardigde inbreuk op de Handelshuurwet. Niettemin is de Handelshuurwet van overwegend dwingendrechtelijke aard, dus verhuurders hebben baat bij het zoeken naar een gerechtvaardigde ontwijkingsconstructie. Verhuurders weten in sommige gevallen ook op andere wijzen, bijvoorbeeld via een stille vennootschap te ontkomen aan de Handelshuurwet, doch de jurisprudentie is te incidenteel en te casuïstisch om daaraan een vaste regel te kunnen ontlenen.

173 Mohr, p. 163.
174 B. Tilleman, A. Benoît-Moury, *Geannoteerde Wetboek van Vennootschappen met bijzondere wetgeving*, Brugge: Die Keure 2000, p. 28, verwijst naar Cass. 18 juni 1968, *Arr. Cas*. 1968, 1273, *Pas.* 1968, I, 1204.

4.4.7 Rechtsvergelijking Frankrijk

Naar Frans vennootschapsrecht kan de CV worden vertaald als 'La société en commandite simple'.[175] De aard en strekking is geheel identiek aan de Nederlandse en de hierboven behandelde Belgische variant met name aangaande inbrengverplichting. Ook de andere elementen zijn overeenkomstig de aard en strekking van de CV in Nederland en België.[176] De beherend vennoot in Frankrijk is de 'associé commandité' (art. 23 lid 1 van de Wet van 1966); de stille vennoot is de 'associé commanditaire' (art. 23 lid 2 van de Wet van 1966). Laatstvermelde heeft krachtens art. 29 van de Wet van 1966 het recht twee keer per jaar de boeken in te zien, vragen te stellen en de commandité is gehouden deze schriftelijk te beantwoorden. De CV heeft in Frankrijk sedert 1959 een hoge vlucht genomen vanwege de grootscheepse belastingherzieningen van 29 december 1959, waarbij bepaalde dubbele belastingen werden uitgeschakeld. Sedert die datum zijn de CV-leden slechts belastbaar conform het reguliere IB-tarief met een maximum van 60%.

In Frankrijk is de CV wettelijk geregeld in artt. 22 en 23 van de Wet 66-537 van 24 juli 1966, de artt. 10 t/m 22 van het Decreet 67-236. Daarenboven zijn van (aanvullende) toepassing de artt. 1832 t/m 1873 van de Code Civil, derhalve voor zover deze niet in strijd zijn met de Wet van 1966 of het Decreet van 1967. In voormelde bepalingen van de Code Civil is de inbreng van de CV-leden in algemene termen wettelijk geregeld. Wat de wettelijke structuur van de CV-regeling in zijn totaliteit betreft is de overeenkomst met de Nederlandse regeling duidelijk. In de Code Civil-bepalingen wordt de inbreng van de CV-leden ten opzichte van art 26 van de Wet van 1966 (m.b.t. de mate van inbreng in vergelijking met het winstaandeel) nader geregeld doch daarin ontbreekt een equivalent van art. 7A:1662 lid 2 BW.[177] Ook uit verdere literatuur en de daarin aangehaalde jurisprudentie ontbreekt een indicatie dat in Frankrijk een AHK-kwestie zou kunnen plaatsvinden.[178]

4.4.8 Rechtsvergelijking Zwitserland

Het Zwitserse recht kent de commanditaire vennootschap als 'Kommanditgesellschaft'.[179] Het is een zelfde type personenvennootschap als de Nederlandse CV. Enerzijds treft men binnen deze vennootschap de 'Komplementäre' ofwel beherend vennoten aan, anderzijds is er sprake van 'Kommanditäre' ofwel de stille vennoten. Opvallend is

175 Voor een algemene beschouwing: G. Lagarde, *Droit Commercial*, Paris: Dalloz, 2000, p. 25 e.v. en J. Hémard e.a., *Sociétés Commerciales,* Paris 2002, p. 82 e.v.

176 Ph. Merle & A. Fauchon, *Droit commercial: Sociétés commerciales,* Paris: Dalloz, 2001.

177 M. de Juglart & B. Ippolito, *Les sociétés commerciales (volume II),* Montchrestien, Parijs, 2003, nr. 233 e.v.

178 P. de Cannu, *Droit des sociétés*, 2e druk, Paris: Montchrestien, 2000, nr. 1318 e.v.

179 A. Meier-Hayoz & P. Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht,* Bern: Stämpfli Verlag AG, 2004, p. 333-347.

dat de 'Kommanditäre', evenals in ons recht, slechts deelnemen aan de vennootschap met hun ingelegde kapitaal. Daarbij zijn zij slechts aansprakelijk tot de hoogte van het bedrag van inbreng. Deze beperking is een essentieel kenmerk van een Zwitserse 'Kommanditgesellschaft'. De 'Komplementäre' daarentegen zijn zowel persoonlijk als hoofdelijk aansprakelijk voor alle vennootschapsschulden. Dit betekent dat aan de 'Komplementäre' en de 'Kommanditäre' niet dezelfde rechten toegekend kunnen worden. Tevens is het bij een 'Kommanditgesellschaft' uitgesloten dat er nieuwe vennoten kunnen toe- en uittreden zonder toestemming van alle vennoten. Bovendien is het uittreden van een 'Kommanditäre' een reden tot ontbinding van de 'Kommanditgesellschaft'. Aan de hand van het AHK-arrest hebben wij gezien dat ons recht deze grond van ontbinding ook kent; immers, als gevolg van de liquidatie van de beherend vennoot viel al het kapitaal terug aan de commandite. Kenmerkend is verder dat bij een 'Kommanditgesellschaft' de 'Komplementäre' altijd natuurlijke personen dienen te zijn, dit in tegenstelling tot ons wetboek. De 'Kommanditäre' daarentegen kunnen zowel natuurlijke personen als rechtspersonen als 'Gesellschaften' zonder eigen rechtspersoonlijkheid zijn. Indien een 'Kommanditäre' besluit om ook beheersdaden te verrichten zal hij dezelfde aansprakelijkheid verkrijgen als de 'Komplementäre'. Dit laatstgenoemde is identiek aan ons recht.

Duidelijk moge zijn dat de Zwitserse commanditaire vennootschap zo goed als gelijk is aan het ons burgerlijk wetboek. Een soortgelijke wettelijke bepaling zoals art. 7A:1662 lid 2 BW is evenwel in het *Schweizerisches Gesellschaftsrecht* niet terug te vinden. Om deze reden kent Zwitserland geen gerechtvaardigde inbreuk op het semi-dwingendrechtelijke huurrecht bedrijfsruimte via de Zwitserse variant van de CV, zoals wij deze in Nederland kennen. De 'Kommanditgesellschaft' is weliswaar bijna identiek aan onze CV, doch een overeenkomstige bepaling als art. 7A:1662 lid 2 BW ontbreekt in het Zwitserse recht. Dit noopt tot de conclusie dat het wettelijk huurrecht bedrijfsruimte in Zwitserland niet via het vennootschapsrecht kan worden ontweken.

4.5 Flexibiliteit

De aanpalende terreinen van het huurrecht kunnen inspireren bij de queeste naar flexibiliteit in het huurrecht bedrijfsruimte.

Publiekrechtelijke uitgifte in huur en de CV geven bij behoefte aan optimale flexibiliteit aanleiding tot concrete toepassing omdat daarbij het huurrecht daardoor geheel is geëcarteerd. De kritiek van Pels Rijcken op de publiekrechtelijke uitgifte in huur acht ik, zeker anno 2005, niet terecht (meer), vooral omdat afdeling 7.4.6 BW geen gesloten doch een open wettelijk systeem is. Bovendien bestaat de mogelijkheid van publiekrechtelijke uitgifte in huur ook in Frankrijk en een equivalent van het door Pels Rijcken gehekelde Vishuisjesarrest zien we zelfs uitdrukkelijk terug in België en Zwitserland. Aldus kan worden vastgesteld dat Nederland bij de aanvaarding van het fenomeen van de publiekrechtelijke uitgifte in huur niet alleen staat. Met betrekking tot de CV kent België een bijkans identieke figuur, zodat Nederland ook deze ontwijkingsconstructie

niet geheel alleen staat, hetgeen doet bevestigen dat de CV inderdaad een gerechtvaardigde ontwijkingsconstructie is, zij het dat deze minder nadrukkelijk in de rechtsvergelijking wordt bevestigd dan de publiekrechtelijke uitgifte in huur.

Operationele lease biedt tijdens de contractsduur zowel de lessor als de lessee veel flexibiliteit. Met name bij service-lease kunnen partijen, naast het gebruik van het pand en de financiering daarvan alsook het bijkomende onderhoudspakket de overeenkomst aankleden op de wijze waarop men dat beoogt. De periodieke vergoeding voor één en ander kan vooraf worden afgestemd op de uitoefenprijs van de koopoptie. Deze flexibiliteit heeft echter een keerzijde. Na ommekomst van de contractuele leaseperiode kunnen huurrechtelijke complicaties ontstaan indien de lessor ineens de pet van huurder opzet. Een beroep op huurbescherming en huurprijsbescherming kunnen de rechtsverhouding in een geheel ander daglicht plaatsen. De vraagt dringt zich op hoe dit moet worden voorkomen. Krachtens art. 7:291 lid 2 BW kunnen van het semidwingend recht afwijkende afspraken worden gemaakt en aan een kritische rechterlijke toetsing worden onderworpen. Het risico van (het dwingendrechtelijk vastgelegde) indeplaatsstelling (art. 7:307 BW) blijft echter onverkort bestaan omdat dat risico nimmer kan worden weggecontracteerd. Enige flexibiliteit kan nog worden verkregen met behulp van het leerstuk van de redelijkheid en billijkheid, eventueel aangevuld met het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW). Daartoe dient de leaseovereenkomst op voorhand te worden afgestemd. Dit kan bijvoorbeeld geschieden door het opnemen van een uitgebreide considerans waarin wordt vastgelegd dat partijen deze huurrechtelijke complicatie in strijd met de geest en strekking van de leaseovereenkomst achten en een beroep daarop in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Zuivere financiële lease, huurkoop derhalve, biedt flexibiliteit op het fiscale vlak en biedt, in samenhang daarmee, de mogelijkheid specifieke projecten te stichten die slechts voor een kleine doelgroep geschikt zijn. Ook hier schuilt echter een huurrechtelijk addertje onder het gras. In art. 7:230A ontbreekt namelijk een anticumulatiebepaling. Omdat bij het inwerking treden van de toekomstige nieuwe huurkoopwetgeving de algemene strekkingsbepaling van art. 1 lid 2 TWHOZ komt te vervallen, zullen, zoals het er thans naar uitziet, huurkoop en huur met betrekking tot deze categorie bedrijfsruimte vrijelijk naast elkaar kunnen bestaan (behoudens indien deze in een bepaald geval de lichte toetsing van de slotzin van art. 6:215 BW niet doorstaat). Het niet opnemen van een anticumulatiebepaling in art. 7:230A BW is opmerkelijk omdat juist in de categorie: 'overige bedrijfsruimte' (fabrieken, overheidsgebouwen e.d.) zuivere financiële lease (huurkoop) relatief veel voorkomt. De vraag is hoe dit euvel kan worden opgelost. Wellicht biedt het wetsontwerp aangaande de nieuwe huurkoopregeling uitkomst. Daarin kan een algemene anticumulatiebepaling worden opgenomen in die zin dat deze in beginsel voor de beide categorieën bedrijfsruimte geldt: detailhandelsbedrijfsruimte en overige bedrijfsruimte. Dit voorkomt de noodzaak van vroegtijdige wetsaanpassing van titel 7.4 BW. Tevens kan in die bepaling een onderscheid worden gemaakt in de toepasselijkheid ervan op de onderscheidene categorieën. Vanuit het oogpunt van de beschermingsgedachte voor de categorie detailhandelsbedrijfsruimte

verdient de gebruiker van een object in deze categorie bij een ontbonden huurkoopovereenkomst enige bescherming. Strikt genomen is juist de koopplicht bij zuivere financiële lease/huurkoop c.q. het verzaken daarvan, niet eenvoudig in overeenstemming te brengen met een beroep op huurbescherming, huurprijsbescherming en ontruimingbescherming. Maar bij een door de huurverkoper ontbonden huurkoopovereenkomst met betrekking tot detailhandelsbedrijfsruimte bestaat in theorie ruimte om tot een ander oordeel te komen. Immers, jarenlange locatiegebonden opgebouwde goodwill van een detailhandelsbedrijfsruimte moet worden beschermd. Aldus kan flexibiliteit worden verkregen door in het nieuwe wetsontwerp van de huurkoopregeling een algemene anti-cumulatiebepaling op te nemen, waarvan de geldigheid moet worden uitgesloten ingeval van door de huurverkopers in de laatste fase ontbonden huurkoopovereenkomsten van detailhandelsbedrijfsruimten. Aldus kan een wettechnisch probleem en een meer principieel vraagstuk in één keer worden opgelost. De tekst van een dergelijk bepaling kan als volgt luiden:

> Alle overeenkomsten, welke dezelfde strekking hebben, onder welke benaming ook aangegaan, zijn aan de voorschriften van deze wet onderworpen. Aangaande bedrijfsruimte waarop afdeling 7.4.6 BW van toepassing is komt, vanaf het moment waarop een huurkoopovereenkomst in het laatste jaar daarvan door de huurverkoper is ontbonden, de gewezen huurkoper de rechten uit hoofde van deze afdeling toe.

Aldus vindt de afgrenzing van huurkoop en huur plaats op een wijze die in overeenstemming is met de strekking van afdeling 7.4.6 enerzijds en de toekomstige huurkoopwetgeving anderzijds.

De ontwikkeling van flexibiliteit bij huurkoop is overeenkomstig het debat over het nieuwe huurrecht. Ingetrokken wetsvoorstellen tonen op beide gebieden aan dat wat de regering goeddunkt (meer flexibiliteit) geen maatschappelijk draagvlak vindt. Dit stemt tot overpeinzing. Huurkoop verdient derhalve een (nader) debat over een principiële herijking van uitgangspunten. Nu de Minister per brief van 26 april 2004 het wetsvoorstel 24 212 heeft teruggetrokken bestaat daartoe een nieuwe kans. Naast het bovenstaande kan daarbij tevens centraal staan dat huurkoop van woningen (waarbij de particuliere huurkoper onverkort bescherming verdient) losgekoppeld moet worden van huurkoop van bedrijfsruimte, waar de huurkoper meer flexibiliteit kan worden toebedeeld, zo deze dat wenst. Ook binnen het huurrecht zijn woonruimte en bedrijfsruimte wat huurbeëindigingsbescherming en huurprijsbescherming betreft immers ontkoppeld, juist vanwege de verschillen in behoefte. Het is realistisch dat deze ontkoppeling ook wordt toegepast in de nieuw te ontwikkelen huurkoopwetgeving.

5 De staat van het gehuurde

5.1 Inleiding

De staat van het gehuurde is vooral gebaseerd op de twee hoofdverplichtingen van de verhuurder: de plicht van het ter beschikking stellen en laten van het gehuurde voorzover dat voor het overeengekomen gebruik nodig is (art. 7:203 BW) en de plicht gebreken te herstellen, tenzij dit onmogelijk is of uitgaven vereist die in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs niet van hem zijn te vergen (art. 7:204 en art. 7:206 BW). De verplichting van de verhuurder tot het verschaffen van rustig genot (of rustig gebruik) en de plicht tot het verrichten van onderhoud aan het gehuurde bestaan niet meer als separate, zelfstandige verplichtingen. Deze twee verplichtingen zijn in het nieuwe huurrecht impliciet onderdeel geworden van de twee hoofdverplichtingen. Daarmee is het accent verschoven van het verschaffen van rustig genot en het uitvoeren van preventief onderhoud naar het verhelpen van gebreken. Het begrip 'gebrek' richt zich op alle gebruiksbeletselen en heeft daarmee, geheel conform de rechtspraak, een ruime strekking gekregen.[1] Het spiegelbeeld van deze verplichtingen van de verhuurder wordt gevormd door de verplichtingen van de huurder, zoals het melden van gebreken, het verrichten van kleine herstellingen, het gedogen van dringende reparaties en renovaties en het zich onthouden van onderverhuur in geval van redelijke bezwaren van de verhuurder. Het samenstel van deze wederzijdse rechten en plichten betreft de staat van het gehuurde.

5.2 Het ter beschikking stellen van het gehuurde

De verhuurder moet het gehuurde object krachtens art. 7:203 BW in feitelijk gebruik geven aan de huurder en bovendien voor deze ter beschikking houden. Of deze hiertoe wel of niet bevoegd is, doet niet ter zake, het betreft hier een feitelijke verplichting aan welke de verhuurder jegens de huurder gedurende de loop van de huurovereenkomst moet voldoen. Deze verplichting van de verhuurder gaat in op de aanvangsdatum van de huurovereenkomst en loopt af op het moment waarop de huurovereenkomst tot een einde is gekomen. De opleveringsdatum ligt in de meeste gevallen vast in de huurovereenkomst, maar is – indien niet door partijen anderszins uitdrukkelijk overeengekomen is – daarmee ook een zgn. 'fatale termijn' geworden, zoals bedoeld in artikel 6:83 sub a BW. Dit betekent dat indien de verhuurder op de afgesproken opleveringsdatum de huurder niet het gehuurde ter beschikking stelt, geen ingebrekestelling

1 O.a. HR 6 juni 1997, *NJ* 1998, 128.

nodig is; de verhuurder is vanaf dat moment automatisch in verzuim,[2] met als gevolg dat de huurder zonder aanmaning of sommatie meteen via de rechter nakoming (terbeschikkingstelling desgewenst op straffe van een dwangsom) en schadevergoeding (dan wel een voorschot daarop) kan afdwingen.[3] Indien de verhuurder door de verhuur c.q. het feitelijk ter beschikking stellen van het object dwangsommen aan de gemeente verbeurt, doet dat niet af aan diens verplichting tot het ter beschikking stellen van het object.[4] Wel kan een vervreemding van het object door de verhuurder onder omstandigheden soelaas bieden. Indien de gemeente benzinepompen in een gehuurd benzinestation verwijdert omdat de oorspronkelijke verhuurder de voorwaarden van de vergunningverlening heeft veronachtzaamd, kan de exploitant/huurder van een benzinestation niet de rechtsopvolger van de oorspronkelijke verhuurder aansprakelijk houden voor de fouten van diens rechtsvoorganger.[5] In een enkel geval krijgt de verhuurder van de rechter enig respijt. Zo kan het voorkomen dat (voortgezette) afbouw- en reparatiewerkzaamheden zijdens verhuurder aan een glazen winkelpui, nadat de huurovereenkomst formeel is ingegaan, de nakoming van de huurdersverplichtingen (c.q. het betalen van huurpenningen) niet verhinderen. Dat komt wel vaker voor, zo oordeelde de kantonrechter, en veroordeelde de huurder tot het betalen van de achterstallige huurpenningen.[6]

Het kan voorkomen dat een verhuurder met meer dan één huurder op dezelfde voorwaarden wilsovereenstemming heeft bereikt over de verhuur van een bepaald object vanaf een bepaalde datum. In een dergelijk geval is sprake van 'dubbele verhuur': beide huurovereenkomsten zijn door de verhuurder en de onderscheidene huurders rechtsgeldig aangegaan. De verhuurder kan op de betreffende ingangsdatum evenwel slechts één huurovereenkomst nakomen. De vraag die zich daarbij opdringt is welke huurder jegens de verhuurder aanspraak kan maken op nakoming. Met andere woorden: welk persoonlijk recht (het recht van huur) gaat vóór? De wet laat deze vraag onbeantwoord. Wel voorziet de wet in beantwoording van een soortgelijke vraag, namelijk de vraag in het vermogensrecht bij botsende rechten op levering, bijvoorbeeld in het geval twee partijen menen hetzelfde pand te hebben gekocht en beide aanspraak maken op levering ervan. Artikel 3:298 BW voorziet in de beantwoording van die vraag: bij botsende rechten op levering gaat het oudste recht op levering vóór. Volgens de Parlementaire Geschiedenis[7] en de jurisprudentie dient dit voorschrift analoog te worden toegepast bij botsende rechten van huurders, waarbij het oudere recht van de huurder op ter beschikking stelling van het gehuurde object alleen rechtstreeks tegen de verhuurder kan worden afgedwongen in het geval het betreffende object nog niet in gebruik is

2 HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 451.
3 Ktr. Den Haag 4 november 1998, *Prg*. 1999.
4 Voorzieningenrechter Rb. Utrecht 20 september 2002, *KG* 2002, 285.
5 HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 373.
6 Ktr. Utrecht 3 oktober 2001, *WR* 2003, 9.
7 Parlementaire Geschiedenis Invoeringswet Boek 3, p. 1397 en p. 1078.

genomen door de huurder met het jongere huurrecht. Ook in de vakliteratuur wordt dit standpunt onderschreven.[8]

In het geval het gehuurde wél reeds daadwerkelijk wordt gebruikt door de huurder met een jonger huurrecht, wordt de situatie anders. In dat geval kan de verhuurder met de zittende huurder slechts de huur beëindigen op grond van de daartoe geëigende wettelijke voorschriften van beëindiging na opzegging en ontbinding. In geval van een object dat reeds gebruikt wordt door een huurder met een huurrecht van latere datum[9], staan de verhuurder en de huurder met de oudere rechten daarom met lege handen. Indien evenwel de huurder met een jonger huurrecht aantoonbaar wetenschap had van het bestaan van die betreffende andere huurovereenkomst van een oudere datum, dan kan deze – door het gehuurde desondanks daadwerkelijk in gebruik te nemen en te houden en daardoor te verhinderen dat de huurder met de oudere huurrechten zijn rechten zal uitoefenen – onder omstandigheden onrechtmatig handelen jegens die huurder met een ouder huurrecht. De onrechtmatigheid is dan gelegen in de omstandigheid dat de zittende huurder misbruik maakt van de wanprestatie van de verhuurder jegens de huurder met het oudere huurrecht (zie art. 6:162 BW). In een dergelijk geval kan de huurder met het oudere huurrecht jegens de zittende huurder ontruiming afdwingen als vorm van schadeloosstelling (zie art. 6:103, tweede zin BW) bij de gepleegde onrechtmatige daad van de zittende huurder jegens die betreffende huurder met het oudere huurrecht.[10] Ook kan de huurder met een ouder huurrecht jegens de verhuurder zijn aanspraak op grond van diens oudere huurrecht geldend maken door deze bijvoorbeeld (in geval van kamerverhuur) te verplichten tot het aanbieden van de eerstvolgende vrijkomende woonruimte in hetzelfde gebouw. Een dergelijke vordering is gebaseerd op de nakomingsverplichting van de verhuurder op grond van de oudere huurovereenkomst jegens de huurder met die oudere huurrechten; de voor de rechter afgedwongen aanbiedingsplicht van de verhuurder dient dan te worden beschouwd als diens schadevergoeding in natura.[11]

Naast het moment van terbeschikkingstelling van het object is tevens van belang de wijze waarop het gehuurde aan de huurder ter beschikking moet worden gesteld, namelijk 'voorzover dat voor het overeengekomen gebruik noodzakelijk is' (art. 7:203 BW). Indien deze specifieke verplichting niet wordt nagekomen is de verhuurder niet automatisch in verzuim en is in beginsel een ingebrekestelling noodzakelijk vooraleer de huurder zijn aanspraken op dit onderdeel op de verhuurder via de rechter kan effectueren.[12] Dit voorschrift lijdt uitzondering ingeval de huurder uit de houding van

8 Zie Asser-Abas 5-II (Huur), p. 31.
9 Hof Amsterdam 24 oktober 1985, *NJ* 1987, 420; Pres. Rb. Den Haag 13 mei 1988, *KG* 1988, 241 en Pres. Rb. Middelburg 9 juni 1989, *KG* 1989, 269.
10 Pres. Rb. Haarlem 12 juli 1991, *KG* 1991, 276 en Hof Amsterdam 25 november 1993, *NJ* 1994, 677.
11 Pres. Rb. Haarlem 19 november 1991, *KG* 1992, 30.
12 HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 155.

de verhuurder mag afleiden dat deze niet aan diens verplichting op dit onderdeel zal voldoen. In een dergelijk geval kan de verhuurder zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid er niet op beroepen dat een ingebrekestelling noodzakelijk was.[13]

5.3 Het herstellen van gebreken

De nieuwe gebrekenregeling is vastgelegd in de artikelen 7:204 t/m 210 BW. Uit artikel 7:205 BW vloeit voort dat naast deze regeling de huurder uitdrukkelijk 'alle andere rechten en vorderingen' toekomt. Men dient hierbij te denken aan het vermogensrecht (boek 3 BW) en het algemene verbintenissenrecht (Boek 6), die met name bij de gebrekenregeling een nuttige functie kunnen vervullen. Centraal in de wet staat de term 'gebrek' (art. 7:204 lid 2 BW), waarvan de definitie als volgt luidt:

> Een gebrek is een staat of eigenschap van de zaak of een andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid, waardoor de zaak aan de huurder niet het genot kan verschaffen dat een huurder bij het aangaan van de huurovereenkomst mag verwachten van een goed onderhouden zaak van de soort waarop de overeenkomst betrekking heeft.

gevolgd door lid 3:

> Een feitelijke stoornis door derden zonder bewering van recht op het gehuurde en een bewering van recht zonder feitelijke stoornis zijn geen gebreken in de zin van lid 2.

De wettelijke definitie in artikel 7:204 lid 2 BW komt niet recentelijk uit de lucht vallen maar is ontleend aan artikel 7.4.2.2 lid 2 van het (eerste) ontwerp-Houwing uit 1966 (zie hierover nader paragraaf 2.2.2). Belangrijk is dat de term 'gebrek' niet automatisch betekent dat de verhuurder aansprakelijk is, dit ondanks het feit dat een ingebrekestelling hiertoe op zichzelf niet vereist is. Een gebrek levert derhalve niet per definitie een toerékenbare tekortkoming van de verhuurder op. Uit de tekst van artikel 7:204 lid 2 BW blijkt dit omdat daar de toerekenbaarheid niet besloten is in de term 'gebrek' maar apart staat vermeld. Hier doet zich de inbedding van het nieuwe huurrecht in het algemene verbintenissenrecht goed gevoelen.[14] Dit huurrechtelijke principe is daarmee een specialis van het genustype in het algemene verbintenissenrecht, zoals aldaar is opgenomen in afdeling 9 van boek 6 BW.[15] Aldaar bepaalt art. 6:74 BW dat een schuldenaar in geval van niet nakoming slechts tot schadevergoeding aan de schuldeiser

---

13 Zie bijv. HR 6 oktober 2000, *NJ* 2000, 691. Ook is Kloosterman dit oordeel toegedaan. Ik verwijs naar haar eerdergenoemde uitgebreide bijdrage in de bundel *Algemeen en Bijzonder. De wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, p. 86-87.

14 Zie voor een algemene beschouwing over toerekenbaarheid: Asser 4-I (Verbintenissenrecht), 2004, p. 231 e.v. en voor een bijkans uitputtende behandeling van de gebrekenregeling tegen de achtergrond van het commune BW: Kloosterman in de Bundel *Algemeen-Bijzonder: De wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht, 2003*, (a.w.) p. 83 -97.

verplicht is tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend. In het verlengde daarvan bevat het meteen daarop volgende art. 6:75 BW de algemene verbintenisrechtelijke overmachtregeling:

> Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

Zo ook in de gebrekenregeling van het nieuwe huurrecht. De nieuwe wettelijke gebrekenregeling levert dus een categorie gebreken in de zin van tekortkomingen op waarvoor de verhuurder niet aansprakelijk is. Hoewel de gebrekenregeling om deze reden overeenkomstig de gelaagde structuur van het algemene verbintenissenrecht is en aldus wetssystematisch zuiver, is de nieuwe wettelijke regeling voor de praktijk niet bepaald eenvoudig te doorgronden en qua werkwijze anders dan de oude regeling. Met name dient men zich steeds te realiseren dat sprake is van een tweeledige (nadere) eis waaraan moet zijn voldaan teneinde te kunnen vaststellen dat de tekortkoming van de verhuurder deze ook kan worden toegerekend en eerst dán aansprakelijkheid bij de verhuurder bestaat: het persoonlijke verwachtingspatroon van de huurder (wat mocht deze onder de gegeven omstandigheden van het object verwachten?) en de objectivering daarvan (wat mag de huurder van het soort objecten zoals het onderhavige verwachten?). Ook deze nadere tweeledige eis zoals opgenomen in de tweede teksthelft van art. 7:204 lid 2 BW is een huurrechtelijke specialis die is geënt op de stam van de tweede teksthelft van art. 6:75 BW. Het gaat daarbij om enerzijds het element van de persoonlijke inkleuring van de verwachting in het concrete geval en anderzijds een extern element dat deze persoonlijke toets objectiveert door te verwijzen naar de sóórt objecten. Zo levert een zeecontainer met een door de rechtsvoorganger van de verhuurder onzorgvuldig dichtgeschroefd dak waardoor het is gaan lekken, een aan de opvolgend verhuurder toerekenbaar gebrek op.[16]

Voorts is in het per 1 augustus 2003 gewijzigde huurrecht een derde nieuwe dimensie van belang, namelijk de definiëring van het begrip 'gebrek' zelf waarbij de term 'gebrek' zodanig is opgerekt dat het niet alleen de materiële toestand van het gehuurde betreft doch ook de niet-materiële toestand van het gehuurde. Onderstaand wordt één en ander nader toegelicht.

5.3.1 De ruime definitie van 'gebrek'

Een gebrek is krachtens art. 7:204 lid 2 BW aanwezig zodra de huurder verhinderd of belemmerd wordt het hem krachtens huurovereenkomst toekomende genot te hebben

15 Zie over toerekenbare en niet-toerekenbare tekortkoming in algemene zin nader: Asser-Hartkamp 4-1, 2004, p. 236 e.v.

16 Ktr. Amsterdam 23 juli 2003, *WR* 2003, 85.

en de oorzaak daarvan niet aan deze is toe te rekenen. Aldus koppelt de wetgever gebrek aan genot: er is een gebrek zodra de huurder niet het 'rustig genot' (overeenkomstig het oude art. 7A:1586 sub 3 BW) van het gehuurde krijgt, waardoor duidelijk wordt dat onder het begrip valt alle gevallen van toerekenbare tekortkoming (behoudens zogenoemde 'rechtsgebreken', zie paragraaf 5.3.7). De Parlementaire Geschiedenis licht dit in algemene zin aldus toe dat elke genotsbeperkende omstandigheid (de wettekst spreekt van 'een staat of een eigenschap van de zaak of een andere omstandigheid') die niet aan de huurder is toe te rekenen, een gebrek is.[17] Uit de Parlementaire Geschiedenis[18] blijkt dat de nieuwe gebrekenregeling beoogt dat de verhuurder tevens gehouden is preventief onderhoud te verrichten.

Gezien het verband met het oude huurrecht blijft de vóór 1 augustus 2003 ontwikkelde gebrekenjurisprudentie dus ook daarna van belang.[19] Twee ijkpunten verdienen daarbij (ook) in het huurrecht bedrijfsruimte aandacht: het verwachtingspatroon van de huurder en de objectiveerbaarheid daarvan.

De wetgever geeft in het nieuwe huurrecht op enkele onderdelen een ruime definitie van de term gebrek: 'al hetgeen dat een negatieve invloed heeft op het gehuurde is een gebrek'. Het gebrek heeft betrekking op de *prestatie* die de verhuurder gehouden is te verrichten en niet op de zaak zelf[20] en kan daarmee in de stoffelijke aard van de zaak besloten zijn, zoals een overstromende toiletpot, willekeurig de oorzaak daarvan,[21] maar ook in een andere niet-stoffelijke omstandigheid. Bijvoorbeeld een erfdienstbaarheid van een weg die over het gehuurde blijkt te lopen en waardoor het genot wordt verminderd. Een met name voor het nieuwe huurrecht instructief (recent) voorbeeld is het slecht onderhouden binnenplein van een winkelcentrum. Ondanks het feit dat dit niet tot het gehuurde behoorde, werd het achterstallige onderhoud door de kantonrechter uitdrukkelijk gekwalificeerd als een gebrek.[22]

Het verwachtingspatroon van de huurder
Toegepast in het nieuwe huurrecht bedrijfsruimte[23] kan het door de jurisprudentie aangereikte verwachtingspatroon bij het aangaan van de huur een belangrijke rol spelen.[24] Zo levert een slecht onderhouden bedrijfspand dat voor een zacht prijsje wordt

17 Kamerstukken II (MvT) 1997/1998 26 089, p. 14.
18 Kamerstukken II 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 12 en Kamerstukken II 1999/2000, nr. 5, p. 9.
19 Kamerstukken I 2002/2003, 26 089, 26 090, 26 932, 28 064, nr. 50, p. 7 e.v.
20 Kamerstukken I 2001/2002, (o.a.) 26 089, nr. 162, p. 12.
21 Rb. Zutphen 20 juni 2002, *WR* 2003, 19.
22 Ktr. Utrecht 15 januari 2003, *WR* 2003, 40.
23 Bij woonruimte speelt het verwachtingspatroon nauwelijks een rol, met name omdat de bedoeling van de wetgever bij de gebrekenregeling juist was het op een goed (onderhouds)peil brengen en houden van het woningbestand, waarbij het verhuren van een krakkemikkige woning voor een zacht prijsje diende te worden voorkomen. Bij de gebrekenregeling m.b.t. bedrijfsruimte geldt deze ratio uitdrukkelijk niet. Zie ook T. H. G. Steenmetser en M. Sloot, 'Het nieuwe huurrecht (titel 7.4)', *NTBR* 2003, 7, p. 365-374.

verhuurd in zijn algemeenheid geen gebrek op indien de slechte staat van het pand voor de huurder voldoende kenbaar is. Juist omdat het aspect van de verwachting bij de parlementaire behandeling van de nieuwe huurwetgeving (die vooral gericht was op het debat over de gebrekenregeling bij woonruimte) aangaande bedrijfsruimte nauwelijks aandacht heeft gekregen, meen ik daarop thans uitdrukkelijk te moeten wijzen. Het aspect van het verwachtingspatroon ondergraaft wat bedrijfsruimte betreft immers de op woonruimte toegesneden ratio van de nieuwe gebrekenregeling.

Als voorbeeld kan dienen een gemeentelijke aanschrijving nadat de verhuurder een pand willens en wetens laat verkrotten. Indien deze situatie bij het aangaan van de huur de huurder genoegzaam wordt medegedeeld en het pand vervolgens juist daarom voor een zacht prijsje wordt verhuurd zal onder dergelijke omstandigheden geen sprake zijn van een gebrek. Deelt de verhuurder echter niets mede en is de situatie de huurder niet kenbaar zodat hij op dit punt geen narigheid behoefde te verwachten, zal wél sprake zijn van een gebrek. Het verwachtingspatroon van de huurder is daarbij doorslaggevend.[25] Voorts dient men volgens de Parlementaire Geschiedenis[26] bij gebreken te denken aan ongedierte, het niet verkrijgen van een horeca-exploitatievergunning wegens het ontbreken van een nooduitgang, constructiefouten, een slechte staat van onderhoud en dergelijke.

De mededelings- en onderzoeksplicht

Kan het leerstuk van de mededelings- en onderzoeksplicht bij de gebrekenregeling op dit punt van enig nut zijn? Vanwege de overeenkomsten tussen huur en koop voor wat betreft het proces van contractsvorming lijkt het antwoord vanzelfsprekend, omdat een precontractuele verhouding weliswaar niet altijd een rechtsband schept, doch zij kan wel bepaalde rechtsplichten met zich meebrengen, uit kracht van de wet ofwel door de wilsuiting van de betrokkenen.[27] Uit de memorie van toelichting[28] vloeit voort dat er een (interne) onderzoeksplicht op de verhuurder rust naar de gebruiksmogelijkheden van 'zijn' object omdat deze in het algemeen het beste in staat is inzicht in de werkelijke toestand van 'zijn' object te verwerven. De verhuurder dient over de gebruiksmogelijkheden van zijn object vervolgens mededelingen aan de aspirant-huurder te doen (voorafgaand aan de ondertekening van de huurovereenkomst). Sloot en Steenmetser borduren daarop – m.i. terecht – voort in zijn artikel 'Non-conformiteit bij huur; de relatie met koop'.[29] Hij meent dat er zeker een mededelingsplicht bestaat bij de verhuurder jegens de huurder. Steenmetser acht het redelijk ervan uit te

24 De frase 'bij het aangaan van de overeenkomst' moet volgens de Parlementaire Geschiedenis niet te statisch worden opgevat. Zo kan een onverwachts verpauperde wijk geen gebrek opleveren. Dit blijkt uit: Kamerstukken I 2002/2003, 26 089 etc. nr. 50, p. 10 en 11.

25 Voorzieningenrechter Rb. Utrecht, 20 september 2002, *KG* 2002, 285.

26 Kamerstukken II 1997/1998, 26 089 nr. 3, p. 14.

27 G. Schrans, *Preadvies over de precontractuele verhoudingen naar Belgisch recht*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle: Tjeenk Willink 1967, p. 229.

28 Kamerstukken II 1997/1998, 26089, nr. 3, p. 20.

gaan dat de verhuurder, alvorens te verhuren, een onderzoek doet met het oog op de geschiktheid van de zaak voor het gebruik dat de huurder daarvan beoogt te maken. Volgens Steenmetser volgt uit de wettelijke huurbepalingen en meer in het bijzonder uit de artt. 7:204 en 7:209 BW in het geheel niet dat de huurder een onderzoeksplicht heeft. Ik ben het met Steenmetser eens en ga nog een stap verder: de verhuurder moet niet afwachten of een huurder al of niet gaat onderzoeken; hij moet, ter voorkoming van een beroep op dwaling door de huurder, deze *uithoren* aangaande diens specifieke voornemens met het object. Alleen met daaruit ingewonnen informatie kan de verhuurder aan zijn mededelingsplicht voldoen. De reikwijdte en de omvang van de mededelingsplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Enkele aanknopingspunten zijn: de aard van de overeenkomst, de aard van het gebrek, wetenschap van het gebrek of bijzondere eigenschap van het contractsobject, de status van partijen, de vertrouwensrelatie en de complexiteit van het handelsvoorwerp.[30]

De uithoorplicht

Met name bij voor een ander niet kenbare niet-stoffelijke gebreken heeft de verhuurder op het punt van het verwachtingspatroon bij het aangaan van de huur de verplichting de huurder van bedrijfsruimte deugdelijk te informeren over de immateriële staat van het te verhuren pand. Daarbij speelt uiteraard het voorgenomen gebruik van het pand door de aspirant-huurder een rol. Op de leest geschoeid van het dwalingsleerstuk is daarbij van belang het vinden van een werkbaar evenwicht (lees: samenspel) tussen mededelingsplicht van verhuurder en onderzoeksplicht van huurder. Daarbij ligt het naar mijn mening op de weg van verhuurder als stipulant kritisch bij de huurder te informeren naar het voorgenomen gebruik. Ik noem dat de uithoorplicht. Een voorbeeld. Bij de contractsonderhandelingen aangaande de huur van een door de huurder bouwkundig nog aan te passen horecapand is (met name sedert de Volendam-affaire op 1 januari 2001) de instandhouding van veilige vluchtroutes van groot belang. De huurder heeft belang tijdig te weten waar deze aan toe is. Kostbare verbouwings- en inrichtingsplannen kunnen immers waardeloos worden indien blijkt dat de brandweer aan de bouwvergunning haar fiat onthoudt omdat de vluchtroutes niet conform de eisen zijn. De loop van de vluchtroutes (waarmee de verhuurder bij uitstek bekend wordt verondersteld te zijn) is afhankelijk van de bouwkundige voornemens van de huurder. De verhuurder zal de huurder (die uiteraard meer bekend zal zijn met het verkopen van veel bier) moeten uithoren om op basis van de behoeften en verwachtingen te kunnen bepalen of het object voor deze vrij van onverwachte immateriële gebreken (zoals het ontbreken van een veilige vluchtroute) zal zijn.

---

29 M. Sloot en T. Steenmetser 'Nonconformiteit bij huur; de relatie met koop (onderzoeksplicht en mededelingsplicht)', *Tijdschrift voor huurrecht bedrijfsruimte*, jaargang 1, juli 2004.

30 M. van Rossum, *Mededelingsplichten bij totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, *Remedies in het Belgische en Nederlandse contractenrecht,* Antwerpen: Intersentia, 2000, p. 291.

Voor de invulling van de uithoorplicht kan ter inspiratie worden aangehaakt op hetgeen in België en Frankrijk dienaangaande is ontwikkeld. Ook in België speelt het belang van het in kaart brengen van behoeften en verwachtingen van de 'klant' een rol, bijvoorbeeld bij het leveren en installeren van ingewikkelde softwareprogrammatuur die 'op maat' gemaakt moet worden. In de literatuur is zelfs een tendens waarneembaar waarin de uithoorplicht als bijstandsplicht binnen de – stilzwijgende – precontractuele sfeer wordt gebracht.[31] Zover zou ik niet willen gaan, omdat binnen het kader van een geschonden verwachtingspatroon in verband met de gebrekenregeling de reguliere en onderstaand te behandelen nakomingsacties de huurder ten dienste staan. In Frankrijk kent de ontwikkeling van de uithoorplicht een wat bescheidener strekking. Ghestin[32] is van een dergelijke uithoorplicht op zichzelf voorstander, met name indien de contractant niet beseft welke de consequenties voor het pand zijn van diens specifieke plannen. Ghestin is evenwel vooral pleitbezorger van een pre-contractuele mededelingsplicht van onderhandelingspartijen, ook buiten toepassing van het dwalingsleerstuk om, teneinde op basis van kennis van zaken de mogelijkheid tot onderzoek en de over en weer kenbare gerechtvaardigde belangen met elkaar rekening te houden.[33] Daarbij kan de specifieke kennis aan de andere zijde van de onderhandelingstafel (in casu: zijdens verhuurder) een rol spelen.[34] De uithoorplicht wordt (ook) door Boyer minder verstrekkend geoordeeld; slechts de gebruikelijke doorslaggevende feiten moeten boven tafel worden gehaald:[35]

> Le distributeur ne peut être tenu que révéler les renseignement qui correpondent aux prévisions normales du contrat. Si le créancier de l'obligation de renseignements devait attribuer de l'importance à telle ou telle qualité exceptionelle, la bonne foi lui imposera de faire connaître à l'autre ses préoccupations dès lors que, s'écartant des prévisions normales, le débiteur ne puvait les déceler; il serait en faute à ne pas le faire.

De beperkte uithoorplicht

De verschillende zienswijzen overziend acht ik een beperkte uithoorplicht zoals voorgestaan door Boyer geschikt om nader invulling te geven aan het verwachtingspatroon bij de huurder aangaande de eventuele aanwezigheid van niet-stoffelijke gebreken in het te huren pand. Een dergelijke beperkte uithoorplicht wordt blijkens vaste jurisprudentie in Frankrijk gebillijkt.[36] Een buitencontractuele bijstandplicht zoals België

---

31 G. Vandenberghe, *Partijaansprakelijkheid bij softwarecontracten*, Antwerpen, 1984, p. 70 en J. C. Dubarry, *Computerrecht* 1985-1, p. 22

32 J. Ghestin, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat: formation*, Paris, 2002, nr. 494-1.

33 Ghestin (J. Ghestin 2002, t.a.p.), nr. 480 en nr. 508.

34 Ghestin (J. Ghestin, 2002, t.a.p.) nr. 490 haalt daarbij aan Cour de Cassation 1972 21 november 1972, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, cambres civiles*, 1972-I, 257: 'le vendeur qui connaissait ces vices, auquel il convient d'assimiler celui qui, par sa profession, ne puvait les ignorer…'

35 Y. Boyer, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, diss. Aix-Marseille, 1978, p. 367 en p. 369.

die kent gaat mij te ver en is bovendien niet nodig omdat de huurder diverse acties tot zijn beschikking heeft (zie paragraaf 5.3.3). Met een beperkte uithoorplicht kan het verwachtingspatroon aangaande eventuele niet-stoffelijke gebreken door de huurder worden ingekleurd. De beperking van de uithoorplicht dient gelegen te zijn in voor de verhuurder relevant geachte feiten. De huurder behoeft namelijk geen bedrijfsgeheimen prijs te geven, zoals het unieke ontwerp voor, op de voet van het gegeven voorbeeld, de betreffende discotheek. Het gaat slechts om technische c.q. cijfermatige gegevens die (voor beide partijen nadelige) bouwtechnische gevolgen voor het pand kunnen hebben. Het spiegelbeeld daarvan is de plicht van de aspirant-huurder zich te laten uithoren. Immers, de verhuurder kent het pand en weet wat relevant is voor het specifieke gebruik waarover de aspirant-huurder hem behoort te informeren. Voortbordurend op het hierboven gegeven voorbeeld dient de verhuurder de huurder bijvoorbeeld naar zaken zoals het gestreefde bezoekersaantal van de beoogde discotheek te vragen. Dat is naar mijn mening, ter geruststelling van Boyer, niet te veel gevraagd; het is een voor de hand liggend feit dat redelijkerwijs binnen de sfeer van vrijblijvende contractsonderhandelingen een plaats kan en ook behoort vinden.[37] Daarmee kan de aspirant-verhuurder zijn aspirant-contractspartij duidelijk maken dat overleg met de brandweer moeten worden gevoerd over de capaciteit van de vluchtroutes.

De objectivering

Naast het verwachtingspatroon, dat zich laat inkleuren door het gebruik van de huurder en de beperkte uithoorplicht van de verhuurder, is de term 'gebrek' zodanig geobjectiveerd dat de beoordeling van de vraag of er wel of geen sprake is van een gebrek, zich niet alleen op de zaak zelf richt, doch tevens de *soort* zaken erbij betrekt. (Dit geldt vooral bij bedrijfsruimte omdat bij woonruimte het begrip wordt geobjectiveerd met lijsten van tekortkomingen die bij AmvB worden vastgesteld.) In artikel 7:204 lid 2 BW staat immers vermeld dat voor de vraag of in een bepaald geval sprake is van een gebrek, bepalend is datgene wat de huurder aan genot mag verwachten van een goed onderhouden zaak van de soort als waarop de overeenkomst betrekking heeft. Deze frase voorkomt de diskwalificatie als gebrek van reeds bij de aanvang van de huur zichtbare en derhalve voor de huurder kenbare gebreken. Hierbij zij benadrukt dat deze regel bij woonruimte van semi-dwingend recht is (artikel 7:242 BW) doch niet bij bedrijfsruimte. Het verhuren van een woning die in slechte staat verkeert waarbij in de huurovereenkomst is opgenomen dat de huurder met de slechte staat genoegen neemt, is derhalve in strijd met (semi-)dwingend recht, ondanks dat de woning bijvoorbeeld

36 Met als standaardarrest: Cour de Cassation 24 januari 1968, *La semaine juridique*, 1968-II, 15429. Hieruit bleek dat de uithoorplicht niet zóver gaat dat een wasmachineverkoper bij zijn klant moet infomeren naar een eventueel uitzonderlijk type watertoevoer (via een waterput midden in de stad) op grond waarvan deze zijn klant een waterontharder zou moeten aanraden. Een aardig voorbeeld van de bovengrens van de uithoorplicht.

37 Ook Castermans (A. G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, diss. Leiden, 1992), p. 159 e.v.) lijkt dit van oordeel te zijn.

voor een zacht prijsje wordt verhuurd. Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat de wetgever dit laatste uitdrukkelijk wilde voorkomen teneinde de onderhoudstoestand van het woningenbestand op peil te houden dan wel om deze op peil te krijgen, welke stimulerende werking van deze regeling een uitdrukkelijke politieke keuze is.[38] Tevens krijgt de huurder van woonruimte in geval van achterstallig onderhoud hierdoor een sterke positie.[39] De consequentie hiervan is dat het in beginsel (uit artikel 7:242 lid 1 blijkt dat het bij woonruimte mogelijk is bij standaardregeling krachtens artikel 6:214 BW hiervan af te wijken) niet mogelijk is dat een slecht onderhouden woning voor een zacht prijsje wordt verhuurd. Bij de verhuur van bedrijfsruimte kunnen op dit onderdeel wel vrijelijk afspraken worden gemaakt (zie hierover nader paragraaf 5.3.4).

De frase in art. 7:204 lid 2 BW: '… niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid…' betreft de mogelijkheid dat de huurder het genot van de zaak niet kan hebben wegens een persoonlijke omstandigheid, bijvoorbeeld afwezigheid door ziekte of financiële nood, In en dergelijk geval is geen sprake van een aan de verhuurder toe te rekenen gebrek. Integendeel, indien de huurder op grond van de huurovereenkomst en/of de daarbij behorende algemene voorwaarden gehouden is het gehuurde te (blijven) gebruiken (zie hierover paragraaf 5.4), hetgeen bij bedrijfsruimte doorgaans het geval is, verkeert de huurder in een dergelijk geval in een toestand van schuldeisersverzuim (art. 6:58 BW).[40]

5.3.2 De gevallen waarin de verhuurder niet aansprakelijk is

De ruime definiëring betekent, zoals hierboven reeds gesteld, niet dat elk gebrek een aansprakelijke verhuurder oplevert, er zijn immers ook gebreken waarvoor de huurder verantwoordelijk is. De wet stelt dat dit het geval is (1) indien het gebrek de huurder valt toe te rekenen, (2) indien sprake is van een feitelijke stoornis door derden zonder bewering van recht,[41] (3) ingeval een bewering van recht zonder feitelijke stoornis. Een vierde en vijfde beperking van de aansprakelijkheid van de verhuurder vloeit voort uit artikel 7:206 lid 2 BW en artikel 7:207 lid 2 BW: de herstelverplichting van de verhuurder en het recht op huurvermindering bij de huurder geldt niet indien sprake is van *kleine herstellingen*, die qua wettelijke definiëring op zichzelf beschouwd wel gebreken zijn maar op grond van artikel 7:217 BW voor rekening van de huurder komen en ten aanzien van gebreken voor het ontstaan waarvan de huurder aansprakelijk is.

---

38 Kamerstukken I 2002/2003, 26 089, 26 090, 26 932, 28 064, nr. 50, p. 11.

39 Kamerstukken II 1999/2000, 28 064, nr. 3, p. 14-15.

40 Voor een nadere beschouwing over schuldeisersverzuim, zie: C. J. H. Brunner en G. T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, 1999, p. 129 e.v.

41 Bijvoorbeeld de lekkage als gevolg van een standleiding die door verkeerd gebruik van anderen verstopt is geraakt: 'geen toerekenbaar gebrek' wijst Ktr. Amsterdam 14 november 2002, *WR* 2003, 43 uit.

5.3.3 De acties van de huurder

Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt, zoals reeds in het begin van paragraaf 5.1 werd aangeduid, dat ook op het gebied van gebreken het huurrecht nauw gekoppeld is aan het algemene verbintenissenrecht. Mede in verband met het feit dat de wetgever bij de definiëring van 'gebrek' in artikel 7:204 lid 2 BW gekozen heeft voor een soortgelijke maatstaf als bij koop,[42] wordt de term gebrek uitdrukkelijk gekwalificeerd als een tekortkoming in de zin van artikel 6:74 BW.[43] Leerstukken uit het algemene verbintenissenrecht, zoals nakoming, zaakwaarneming, verzuim, overmacht, (partiële) ontbinding en schadevergoeding vormen daarmee de achtergrond van de specifieke regeling binnen het huurrecht. In de uitdrukkelijk op het algemene verbintenissenrecht gebaseerde gebrekenregeling worden de verplichtingen van de verhuurder verder uitgewerkt. De regeling binnen het huurrecht heeft bovendien eenzelfde gelaagde structuur als het algemene verbintenissenrecht. Krachtens artikel 7:206 lid 1 BW kan de huurder, nadat de verhuurder in verzuim is geraakt en er derhalve sprake is van een gebrek waarvoor de verhuurder aansprakelijk is, nakoming verlangen in de vorm van het verhelpen van het gebrek. Hiernaast kan de huurder bij verzuim van de verhuurder het gebrek zelf verhelpen en de daarvoor gemaakte kosten, voorzover redelijk, in mindering op de huurprijs brengen (art. 7:206 lid 3 BW). De huurder heeft krachtens artikel 7:207 BW de bevoegdheid om bij aanwezige gebreken die het huurgenot verminderen, na behoorlijke kennisgeving aan de verhuurder een evenredige huurvermindering (partiële ontbinding) van de huurprijs te vorderen. Ook andere instrumentaria uit het algemene verbintenissenrecht staan de huurder ten dienste, zoals het vorderen van een bevel of een verbod (op herhaling), het opschorten van huurbetalingen en dergelijke.

Nakoming vorderen
Het recht van de huurder nakoming te vorderen is het spiegelbeeld van de verplichting van de verhuurder gebreken te verhelpen. Daarbij gaat het niet alleen om het herstellen van stoffelijke gebreken, maar ook het verhelpen van de niet-stoffelijke. De wet spreekt dan ook niet van 'herstellen' maar van 'verhelpen': een ruimere term die het oplossen van beide typen gebreken dekt. De nakomingsvordering is voor het algemeen vermogensrecht opgenomen in artikel 3:296 BW.[44] Krachtens dit artikel is toerekenbaarheid en verzuim niet vereist. De verhuurder is immers 'ongeacht welke oorzaak' het gebrek is ontstaan gehouden tot het verhelpen ervan.[45] Aldus is een ingebrekestelling van de huurder niet noodzakelijk vooraleer een dagvaarding wordt uitgebracht waarbij de verhuurder wordt gedwongen actie te ondernemen. De verplichting tot het

42 Kamerstukken II 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 5.
43 Kamerstukken II (MvT) 1997/1998 26 089, nr. 6, p. 12
44 Zie over nakoming in het algemeen: Asser-Hartkamp 4-I, (Verbintenissenrecht, dl. 1) 2004, p. 140 e.v. en C. J. H. Brunner en G. T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, 1999, p. 58 e.v.
45 Kamerstukken II 1997/1998, nr. 3, p. 16.

verhelpen van het gebrek van de verhuurder is echter niet geheel onbeperkt. Zij wordt beperkt door artikel 7:206 lid 1 BW:

> De verhuurder is verplicht op verlangen van de huurder gebreken te verhelpen, tenzij dit onmogelijk is of uitgaven vereist die in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs niet van de verhuurder zijn te vergen.

Ook in het nieuwe huurrecht bestaat dus een bovengrens aan de herstelverplichting van de verhuurder krachtens art. 7:206 lid 1 BW in de vorm van feitelijke onmogelijkheid en bovenmatige kosten. Men denke wat het eerste betreft bijvoorbeeld aan een wettelijk verbod een pand te gebruiken, hetgeen strikt genomen een gebrek oplevert, maar waarvoor de verhuurder op grond van deze in de wet vastgelegde bijzondere omstandigheid geen herstelplicht heeft. Wat wel en wat niet onmogelijk is zal moeten worden ingevuld door de feitelijke omstandigheden van het geval. Hetzelfde geldt voor de bovenmatige kosten waarbij de toetsing op de redelijkheid en billijkheid krachtens de wettekst een uitdrukkelijke rol spelen. De wetgever heeft hiermee een trend in de jurisprudentie, waarbij deze regel onder het oude huurrecht, overigens doorgaans in een wat verfijndere vorm, via de redelijkheid en de billijkheid werd toegepast,[46] wettelijk vastgelegd.

Het gaat hier strikt genomen niet om een mogelijkheid van een beroep op overmacht (op grond art. 3:296 BW kan dit immers niet slagen) maar op een tekstuele inperking van de herstelplicht van de verhuurder. Wel lijkt het sterk op een bijzondere mogelijkheid van een beroep van de verhuurder op overmacht, gezien de ruime formulering in de betreffende wettekst. Niettemin blijkt uit de Parlementaire Geschiedenis dat de mogelijkheid van een – formeel – beroep door de verhuurder op overmacht niet in de bedoeling van de wetgever ligt, met name omdat een verhuurder voor de herstelkosten verzekerd verondersteld wordt te zijn.[47] Bij de schadevergoedingsplicht krachtens art. 7:208 BW (zie hieronder) in het geval van door de huurder geleden schade aan bijvoorbeeld diens inboedel acht de wetgever de mogelijkheid van een beroep op overmacht wel gerechtvaardigd indien deze zijn oorzaak vindt in onvoldoende huurdersonderhoud.[48]
Een andere beperking van de herstelplicht van de verhuurder is gelegen in het feit dat de verhuurder niet eigener beweging tot het verhelpen *mag* over gaan indien de huurder dat niet uitdrukkelijk van hem heeft *verlangd*. Aan dit verlangen wordt overigens, zo blijkt uit de Parlementaire Geschiedenis,[49] geen al te formele eisen gesteld; een enkele (mondelinge) mededeling van de huurder aan de verhuurder over het bestaan van een te verhelpen gebrek is voldoende. Deze vormvrije mededeling (die in de

46 HR 4 juni 1993, *NJ* 1993, 582.
47 Kamerstukken I 2002/2003, 26 089, 26 090, 26 932, 28 064, nr. 50, p. 13.
48 Kamerstukken I 2002/2003, 26 089, 26 090, 26 932, 28 064, nr. 50, p. 14.
49 Kamerstukken II 1997/1998, 26 089, nr. 3, p. 16.

huurovereenkomst nader kan worden omschreven) laat overigens de meldingsplicht van de huurder krachtens artikel 7:222 BW (van aanvullend recht) onverlet (zie paragraaf 5.3.6). Het is, ook blijkens de Parlementaire Geschiedenis, voorshands niet duidelijk hoe deze twee fenomenen zich tot elkaar verhouden. De rechtspraak kan hier duidelijkheid in brengen. Niet alleen omdat aan het schenden van de meldingsplicht verbonden gevolg (er ontstaat een schadevergoedingsplicht jegens de verhuurder omdat deze in staat moet zijn verdere schade te voorkomen[50]), maar ook vanuit het oogpunt van bewijsbaarheid is het in elk geval raadzaam dat de huurder de verhuurder door middel van een 'met bericht van ontvangst' verzonden brief in kennis stelt van het gebrek.

Uit artikel 7:206 BW vloeit voort dat de beperking niet geldt bij de verplichting van de verhuurder regulier onderhoud te verrichten. Bij de huurder bestaat overigens slechts een gedoogplicht indien de benodigde reparaties dringend van aard zijn (artikel 7:220 lid 1 BW), ook indien de huurder het verhelpen ervan niet van de verhuurder verlangt (zie paragraaf 5.3.3).

Het (doen) verhelpen van het gebrek
De wetgever is de huurder die op dit punt met een onwillige verhuurder (die krachtens art. 6:81 BW in verzuim verkeert) wordt geconfronteerd, tegemoetgekomen door middel van het toevoegen van het bepaalde in artikel 7:206 lid 3 BW:

> Is de verhuurder zelf met het verhelpen in verzuim, dan kan de huurder dit verhelpen zelf verrichten en de daarvoor gemaakte kosten, voorzover deze redelijk waren, op de verhuurder verhalen, desgewenst door deze in mindering van de huurprijs te brengen. Hiervan kan niet ten nadele van de huurder worden afgeweken.

Meteen valt op dat de huurder hier een krachtig steuntje in de rug krijgt, met name daar waar hij van de wet de herstelkosten mag verrekenen met (opgeschorte) huurpenningen.[51] Het is in dit verband niet noodzakelijk dat de verhuurder *toerekenbaar* is tekort geschoten. Evenmin is een rechterlijke machtiging als bedoeld in artikel 3:299 BW noodzakelijk voor het uitoefenen van het recht op zelfwerkzaamheid zoals vastgelegd in artikel 7:206 lid 1 BW. De laatste zin betekent dat lid 3 van dwingendrechtelijke (en niet slechts van semi-dwingendrechtelijke) aard is: indien het recht van de huurder tot zelfwerkzaamheid in de huurovereenkomst en/of de bijbehorende algemene voorwaarden wordt beperkt of wordt uitgesloten dan maakt lid 3 de betreffende bepaling nietig en treedt de wettelijke bepaling daarvoor in de plaats. Op deze wijze heeft de wetgever willen voorkomen dat het recht op zelfwerkzaamheid van de huurder wordt uitgehold. Aldus is ook op dit punt een lange gestaag groeiende trend in de

50 Kamerstukken II 1997/1998, 26 089, nr. 3, p. 34.
51 Zie over verrekening in het algemeen: Asser-Hartkamp 4-1, 2004, p. 490 e.v. en C. J. H. Brunner en G. T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, 2004, p. 86 e.v.

jurisprudentie gecodificeerd die onder het oude huurrecht veelal langs de weg van de redelijkheid en billijkheid moest worden opgelost.[52]

Niet alleen op de letter van de wet doch tevens alleszins redelijk en billijk lijkt het opnemen van een beding dat de huurder, vooraleer deze met de werkzaamheden een aanvang maakt, verplicht is schriftelijk (met een 'met bericht van ontvangst' verzonden brief) aan de verhuurder gespecificeerde daarvan opgave doet, onder overlegging van twee onafhankelijke offertes. Daarbij kan tevens worden bedongen dat deze tevens mededeling doet van de kosten, de eventuele hinder aan derden, de maatregelen die ter beperking daarvan zullen worden getroffen alsook opgave van de begin- en vermoedelijke einddatum van de te verrichten werkzaamheden.

Buitengerechtelijke ontbinding
Een gebrek aan een pand leidt – zoals hierboven gesteld – niet altijd ertoe dat een verhuurder hiervoor aansprakelijk is. Er bestaan situaties waar wel sprake is van een gebrek, doch waarbij de huurder geen mogelijkheid heeft het verhelpen hiervan af te dwingen en in zijn huurgenot hersteld te worden. Hiervan is sprake indien het gebrek waarvan de huurder de afwezigheid mocht verwachten, het huurgenot geheel onmogelijk maakt, bijvoorbeeld in het geval een pand door brand geheel is vergaan. Krachtens het oude artikel 7A:1589 BW leidde een dergelijke situatie tot het van rechtswege, dat wil zeggen: automatisch, vervallen van de huurovereenkomst, zonder dat partijen of één van hen daarop een uitdrukkelijk behoefde(n) te doen. Deze zeer ingrijpende consequentie waarbij, vanwege het *automatisch* vervallen van de huurovereenkomst, ook een rechterlijk oordeel strikt genomen geen rol behoefde te spelen, leidde in de praktijk tot onzekerheid over de juridische status van partijen vanwege de feitelijke discussie rond enerzijds de vraag wanneer een pand nu geheel dan wel gedeeltelijk was vergaan en anderzijds de vraag wanneer het huurgenot nu wel en niet geheel onmogelijk was. Om aan deze onzekerheid een einde te maken heeft de wetgever in het nieuwe artikel 7:210 BW de regel opgenomen dat bij het gedeeltelijk vergaan van het gehuurde door overmacht de huurder én de verhuurder de bevoegdheid hebben de huurovereenkomst te ontbinden op de voet van artikel 6:267 lid 1 BW, dat wil zeggen: buitengerechtelijk, hetgeen een actieve houding van (een) huurcontractspartij(en) vergt dan onder de vigeur van het oude huurrecht.

Naast deze ontbindingsmogelijkheid buiten de rechter om blijft uiteraard wel via het schakelartikel 7:205 BW krachtens artikel 6:267 lid 2 BW de mogelijkheid voor de huurder bestaan de beoogde ontbinding van de huurovereenkomst te vorderen voor de rechter. Naast beide gevallen blijft overigens de mogelijkheid van huurvermindering

52 Zie HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 155 alsook HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 478 en vroegere, meer genuanceerde uitspraken zoals: Ktr. Haarlem 7 juni 1946, *NJ* 1946, 665, Ktr. Sneek 20 augustus 1947, *NJ* 1948, 323, Rb. Den Haag 29 juni 1948, *NJ* 1948, 483 en Ktr. Amersfoort 27 juli 1949, *NJ* 1950, 759, waarbij (in termen van oud huurrecht) de 'dringend noodzakelijkheid' van de betreffende reparatie voorop stond.

krachtens artikel 7:207 BW bestaan. De complicaties bij het vergaan van een gehuurde onroerende zaak worden nader uitgebreid uitgediept in paragraaf 5.3.5.

Huurvermindering (partiële ontbinding)
Onder het oude huurrecht bestond krachtens vaste jurisprudentie de mogelijkheid voor de huurder bij een gebrek dat ernstig genoeg was, de huurovereenkomst buitengerechtelijk te ontbinden op grond van art. 6:265 j° 270 en 271 BW.[53] Het gevolg hiervan was dat de huurder (gedeeltelijk) bevrijd was van zijn huurbetalingsverplichtingen Daartoe was vereist dat de huurder de verhuurder van het gebrek in kennis had gesteld.

In het nieuwe huurrecht is de inhoud van art. 7:207 BW niet een exacte codificatie van het hierboven aangehaalde arrest. Indien sprake is van een gebrek waarvoor de verhuurder aansprakelijkheid draagt, heeft de huurder krachtens artikel 7:207 lid 1 BW het recht huurvermindering te vorderen. Huurvermindering op eigen gezag is niet mogelijk. De huurvermindering kan worden gevorderd vanaf de dag waarop de verhuurder behoorlijk in kennis is gesteld van het gebrek tot aan het moment waarop het gebrek is verholpen. Uit de Parlementaire Geschiedenis[54] blijkt dat deze regel aansluit op boek 6 BW: wie zelf door overmacht niet kan nakomen verliest zijn recht op tegenprestatie. Aangetekend dient te worden dat het hierbij moet gaan om een gebrek dat leidt tot een 'substantiële aantasting' van het huurgenot dat de huurder daadwerkelijk mocht verwachten. Hiermee haakt de wetgever in op recente ontwikkelingen in de onder het oude huurrecht ontstane jurisprudentie,[55] zonder deze, zoals gezegd, evenwel letterlijk te codificeren. Onder de vigeur van het nieuwe huurrecht lijkt deze trend zich voort te zetten.[56] Voorbeeld: een dak dat lekt waardoor het gehuurde geheel of gedeeltelijk niet valt te gebruiken, kan tot huurvermindering leiden; een dak dat slechts aan vernieuwing toe is, niet. Vanuit het oogpunt van de door de wetgever beoogde implementatie van de structuur van het algemene verbintenissenrecht in de algemene bepalingen van het huurrecht is het vereiste van de behoorlijke kennisgeving in de wet opgenomen, als afgeleide van de ingebrekestelling, terwijl dit vereiste in de hierboven aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad uit 1997 ontbrak, indien komt vast te staan dat de verhuurder reeds in voldoende mate met de gebreken bekend was om tot het nemen van maatregelen over te gaan. Hetzelfde geldt, maar dan vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid, voor het wettelijke vereiste dat huurvermindering niet door middel van een eenvoudige buitengerechtelijke verklaring kan geschieden doch dat de huurder daarvoor naar de rechter moet stappen.[57] In voormelde uitspraak van de Hoge Raad ontbrak dit vereiste om te komen tot een aanvaardbare huurverlaging. Dit wettelijk vereiste dient ter voorkoming van ongebreidelde en niet vooraf toetsbare huurverlagingen die niet alleen voor de verhuurder onevenredig nadeel opleveren, doch

53 HR 6 juni 1997, *NJ* 1998, 128.
54 Kamerstukken I 2002/2003, 26 089, 26 090, 26 932, 28 064, nr. 50, p. 14.
55 Bijv. Ktr. Maastricht 20 augustus 2003, *WR* 2003, 80.
56 Ktr. Amsterdam 4 december 2003, *WR* 2004, 16.
57 G. C. Makkink, '*Gebreken in gehuurde zaken naar komend recht*', *WR* 2001, 19, p. 281 e.v.

ook voor de huurder het risico van een ontbinding van de huurovereenkomst wegens wanprestatie als gevolg van achteraf oneigenlijke huurverlaging. Ook op dit punt heeft de wetgever aldus de voor verhuurder én huurder ongewenste effecten van de hierboven genoemde uitspraak van de Hoge Raad willen vermijden.

Het recht op schadevergoeding
Bij mogelijke schade moet men hierbij denken aan bijvoorbeeld bedrijfsschade, winstderving, verhuis- en herinrichtingskosten, kosten van een vervangend object en dergelijke.[58] Ook bij het recht van de huurder op schadevergoeding (art. 7:208 BW) maakt de wetgever een nauwe koppeling met de structuur van het algemene verbintenissenrecht (art. 6:74 lid 2, art. 6:81 en art. 6:89 BW), met name omdat voor schadevergoeding toerekenbaarheid (art. 6:74 BW) vereist is.[59] Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt op welke gronden toerekening op grond van de wet aan de verhuurder moet plaatsvinden, namelijk in het geval het gebrek na het aangaan van de overeenkomst is ontstaan en aan hem is toe te rekenen (1) alsmede indien het gebrek bij het aangaan van de overeenkomst aanwezig was en de verhuurder het toen kende of had behoren te kennen (2) of toen aan de huurder heeft te kennen gegeven dat de zaak het gebrek niet had (3).

Ingeval komt vast te staan dat de verhuurder aansprakelijk is voor een gebrek, dan geeft artikel 7:208 BW (krachtens lid 1 daarvan in samenhang met artikel 7:206 BW) de gevallen waarin de verhuurder gehouden is de door de huurder geleden schade als gevolg van het betreffende gebrek te vergoeden:

a. de verhuurder is in verzuim terzake van zijn verplichting tot het verhelpen van het gebrek;
b. het gebrek was reeds bij het aangaan van de huur aanwezig, ofwel:
   – het gebrek was reeds bij het aangaan van de huur bekend bij de verhuurder dan wel deze behoorde het gebrek reeds op dat moment te kennen, ofwel:
   – bij het aangaan van de huur heeft de verhuurder te kennen gegeven aan de huurder dat de zaak het gebrek niet had;
c. het gebrek is na het aangaan van de huur ontstaan en aan de verhuurder toe te rekenen.

De in artikel 7:208 BW vastgelegde aansprakelijkheid van de verhuurder bestaat, zoals uit bovenstaande blijkt, uitdrukkelijk naast die van de aansprakelijkheid krachtens artikel 7:206 BW voor het niet-tijdig verhelpen van gebreken. De aansprakelijkheid van artikel 7:208 BW betreft de gebreken waarvoor de verhuurder uitdrukkelijk instond of die hij bij het aangaan van de overeenkomst had behoren te kennen of aan hem zijn toe te rekenen.

---

58 Zie over schadevergoeding in het algemeen: Asser-Hartkamp 4-1, 2004, p. 321 e.v. en C. J. H. Brunner en G. T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, 1999, p. 143 e.v.
59 Kamerstukken 1997/1998, 26 089, nr. 3, p. 19.

Uit de Parlementaire Geschiedenis[60] blijkt dat het nieuwe huurrecht op dit onderdeel een aanzienlijke beperking van aansprakelijkheid oplevert ten opzichte van het oude huurrecht.[61] De risicoaansprakelijkheid die wel eens in het oude artikel 7A:1588 BW werd ingelezen,[62] wordt namelijk ingeperkt tot de gevallen waarin de schade in *redelijkheid* aan de verhuurder mag worden toegerekend.[63] Men denke hierbij bijvoorbeeld aan waterschade als gevolg van lekkage.[64] De verhuurder is voor de hieruit voortvloeiende schade krachtens artikel 7:208 BW slechts aansprakelijk als het lek, indien het is ontstaan nadat de huur is aangevangen, hem kan worden toegerekend. Dit kan het geval zijn als gevolg van onvoldoende of gebrekkig onderhoud, waarmee de verhuurder redelijkerwijs bekend kon zijn, of omdat deze bij aanvang van de huur de huurder had verzekerd dat er geen lekkage was of indien deze (krachtens artikel 7:206 BW) met het verhelpen ervan in verzuim was, waarna de waterschade is ontstaan. Van niettoerekenbaarheid in verband met artikel 7:208 BW kan bijvoorbeeld sprake zijn in het geval van een zware storm die een beroep van de verhuurder op overmacht rechtvaardigt.[65] Bij overmacht is er immers geen toerekenbaarheid (artikel 6:75 BW). De verhuurder behoeft waterschade ontstaan tijdens of meteen na de storm dus niet te vergoeden, maar wel de schade die ontstaat als de verhuurder te lang wacht met het herstel daarna. De verhuurder is dan gehouden deze gevolgschade te vergoeden (ook zonder – aanvullende – ingebrekestelling).

Aldus blijkt dat de aansprakelijkheid van de verhuurder voor schadevergoeding op grond van artikel 7:208 BW in samenhang met artikel 7:206 BW beperkter is dan onder het oude huurrecht. Hierbij zij benadrukt dat uit de Parlementaire Geschiedenis[66] blijkt dat een gebrek niet aan de verhuurder mag worden toegerekend op grond van het enkele intreden ervan, doch indien de verhuurder kan worden verweten dat deze ter zake van het intreden van het gebrek of het verhelpen ervan, niet juist heeft gehandeld. Indien de huurder hierbij in bewijsproblemen verkeert, kan in elk geval krachtens het algemene verbintenissenrecht een schadevergoedingsplicht van de verhuurder ontstaan indien deze in het kader van diens herstelplicht in verzuim is. Krachtens artikel 7:208 BW is verzuim geen vereiste binnen de huurregelgeving op dit onderdeel. Wel dient de huurder te hebben voldaan aan zijn meldingsplicht op grond van artikel 7:222 BW.

60 Kamerstukken I 2001/02, 26 089, 26 090, 26 932, 28 064, nr. 162, p. 10 e.v.
61 HR 6 juni 1997, *NJ* 1998 128 wordt evenwel niet eenduidig uitgelegd.
62 Zie voor een nadere beschouwing hierover: Asser-Abas, 5-IIA (Huur), p. 47 e.v.
63 A. S. Rueb, '*Wetsvoorstel titel 7.4 BW*', *WR* 1998, nr. 10, p. 372-302.
64 Kamerstukken I 2001/2002, 26 089, 26 090, 26 932, 28 064, nr. 162, p. 14.
65 Kamerstukken I 2002/03, 26 089, 26 090, 26 932, 28 064, nr. 50, p. 11 e.v.
66 Kamerstukken I 2002/03, 26 089, 26 090, 26 932, 28 064, nr. 50, p. 9.

5.3.4 Semi-dwingend recht

Anders dan bij woonruimte bestaat bij bedrijfsruimte volgens de Parlementaire Geschiedenis[67] minder behoefte aan dwingendrechtelijke bescherming bij enkele onderdelen van de gebrekenregeling. Verhuurder en huurder van bedrijfsruimte zijn veelal gelijkwaardige en professionele huurcontractpartijen die door de wetgever zeer wel in staat worden geacht hun belangen contractueel veilig te stellen. Artikel 7:209 BW stelt dat de artikelen 206 lid 1 (de verplichting van de verhuurder tot het verhelpen van gebreken) en lid 2 (de uitsluiting van kleine herstellingen en de uitsluiting van gebreken waarvoor de huurder aansprakelijk is), 7:207 (het recht van de huurder op huurvermindering) en 7:208 BW (het recht van de huurder op schadevergoeding) van semi-dwingend recht zijn ingeval het om gebreken gaat die de verhuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst kende of behoorde te kennen. Op het punt van de zelfwerkzaamheid van de huurder en het hieraan gekoppelde recht op huurvermindering als bedoeld in artikel 7:206 lid 3 BW bevat de laatste zin hiervan het separate voorschrift dat deze specifieke bepaling in datzelfde artikellid van semi-dwingendrechtelijke aard is. De vraag rijst welke de *niet*-(semi-)dwingendrechtelijke onderdelen van de gebrekenregeling zijn en welke mogelijkheden bestaan ter nadere invulling daarvan. Bij de beantwoording daarvan moet het streven van de wetgever naar een evenwichtige balans tussen huurcontractpartijen worden geëerbiedigd. Uit de Parlementaire Geschiedenis dringt zich immers het beeld op dat elke beperking in de rechten van de huurder aangaande de niet-(semi-)dwingendrechtelijke onderdelen van de gebrekenregeling uitdrukkelijk dient te worden gecompenseerd, onder andere in financiële zin. Wordt dit oogmerk van de wetgever genegeerd, dan loopt een dergelijke 'nadere invulling' het risico de toets der (beperkende werking van de) redelijkheid en billijkheid niet te doorstaan en kan de rechter het betreffende beding onder verwijzing naar nadere Parlementaire Geschiedenis buiten werking stellen. Naar het zich laat aanzien is een nadere invulling op twee onderdelen van de gebrekenregeling onder bepaalde omstandigheden mogelijk.

Herdefiniëring 'gebrek'
Artikel 7:204 BW is het artikel waarin de term gebrek wordt gedefinieerd. Dit artikel is bij bedrijfsruimte niet van semi-dwingend recht maar van aanvullend recht. Nu de term 'gebrek' in artikel 7:204 lid 2 BW tevens ziet op gebreken die bij aanvang van de huur voor verhuurder en huurder zichtbaar of kenbaar zijn, kunnen de onderhandelende partijen bij het opstellen van de huurovereenkomst en de staat van oplevering (zie paragraaf 5.4.8) daarover afspraken maken.[68] Zo kan men de op dat moment bekende gebreken uitdrukkelijk als niet-gebreken bestempelen; bijvoorbeeld: 'het lekkende dak, partijen genoegzaam bekend, is geen gebrek op de voet van artikel 7:204 lid 2 BW'. Uit de Parlementaire Geschiedenis[69] blijkt dat dit uitdrukkelijk is toegestaan,

67 Kamerstukken I 2002/03, 26 089, 26 090, 26 932, 28 064, nr. 50, p. 10 e.v.
68 Kamerstukken 2002/2003, 26 089 etc., nr. 50, p. 11.

zij het dat de wetgever dan wel stellig verwacht dat (1) de verhuurder aan zijn informatieplicht terzake van (eventuele) gebreken jegens huurder heeft voldaan, (2) sprake is van concreet bestaande of mogelijke gebreken en (3) de aanvangshuurprijs om deze reden naar beneden wordt bijgesteld. Deze opmerkingen in de Parlementaire Geschiedenis geven uitdrukking aan het belang dat de wetgever hecht aan een evenwichtige balans tussen partijen in verband met de (met name door de verhuurder, doorgaans de eigenaar van het object) in acht te nemen redelijkheid en de billijkheid c.q. de derogerende werking daarvan.[70] Een concrete sanctie noemt de wetgever echter niet. Deze is derhalve aan de vrije beoordeling van de kantonrechter in een concreet geval. De kantonrechter kan door een financiële compensatie van de verhuurder, verdisconteerd in de aanvangshuurprijs, eenvoudiger ervan worden overtuigd dat een dergelijke contractuele uitsluiting van de aansprakelijkheid van de verhuurder terzake van bepaalde gebreken te billijken valt, zeker nu aan deze herdefiniëring verstrekkende gevolgen zijn verbonden die de huurder, doorgaans niet zo bekend met het pand als de verhuurder, bij aanvang van de huur niet kan overzien: de verhuurder zal niet tot herstel gehouden kunnen worden, huurvermindering zal niet mogelijk zijn en hij kan door de huurder niet worden aangesproken voor schadevergoeding. Dit vereist compensatie.

Uit de hierboven aangehaalde Parlementaire Geschiedenis vloeit niet voort dat nog niet kenbare gebreken bij voorbaat niet als gebrek kunnen worden gedefinieerd. De vraag rijst in dit verband welke nadere eisen aan 'kenbaarheid' moeten worden gesteld. Zo is niet voor een ieder kenbaar dat een (app) bitumen dak na twintig jaar moet worden vervangen. Kenbaar is wel een gemeentelijke (voor)aanschrijving dat onderzoek heeft uitgewezen dat funderingsherstel binnen vijf jaar noodzakelijk is. Aangehaakt moet worden bij de in redelijkheid te stellen verwachtingen die een huurder aan een bepaald object kan stellen. Daarbij spelen alle mogelijke omstandigheden een rol, bijvoorbeeld de onderzoeksplicht van de huurder.

Onderzoeksplicht huurder
Uit de Parlementaire Geschiedenis[71] blijkt dat in de huurovereenkomst tevens kan worden opgenomen het beding krachtens welke de huurder een uitdrukkelijke onderzoeksplicht heeft naar eventuele tekortkomingen van het te huren object. Hierbij kan ook worden overeengekomen dat deze hiertoe een externe bouwkundige specialist moet inschakelen. Hierdoor wordt de onderzoeksplicht van de huurder sterker (de wetsgeschiedenis spreekt overigens van onderzoeks*bevoegdheid*: de huurder *mag* het object inspecteren zodat de verhuurder dat niet behoeft te doen) en neemt de informatieplicht van de verhuurder over hem onbekende gebreken dienovereenkomstig af.

69 Kamerstukken II 1997/1998, 26 089, nr. 3, p. 14, Kamerstukken II 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 13 e.v. en Kamerstukken I 2002/2003, 26 089, 26 090, 26 932, 28 064, nr. 50, p. 11.
70 Zie ook: Z. H. Duijnstee-van Imhoff, 'De gebrekenregeling sinds 29 oktober 2002', *WR* 2003, 4, p. 85 t/m 89.
71 Kamerstukken II 1997/ 1998, nr. 3, p. 20 en Kamerstukken II 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 15 e.v.

Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat met betrekking tot gebreken die de huurder als gevolg van dit onderzoek kende of behoorde te kennen eveneens de hierboven uiteengezette mogelijkheid van herdefiniëring (als 'niet-gebrek') bestaat. Dit laatste doet overigens niet af aan de mededelingsplicht van de verhuurder omtrent hem kenbare gebreken en risico's van toekomstige gebreken.[72] Het opnemen van een dergelijk beding doet overigens evenmin af aan het belang van een financiële compensatie in de vorm van een lagere huurprijs, welke evenwichtherstellende factor de wetgever van huurcontractpartijen en in het bijzonder de verhuurder uitdrukkelijk verwacht.

5.3.5 Het geheel vergaan van het gehuurde

De theorie
Indien op basis van het bepaalde in artikel 7:210 BW sprake is van een gebrek dat het genot dat de huurder mocht verwachten geheel onmogelijk maakt, maar de verhuurder op grond van artikel 7:206 BW niet verplicht is het gebrek te verhelpen, kan de huurder en/of de verhuurder de huurovereenkomst buitengerechtelijk (op de voet van art. 6:267 BW) ontbinden, welke ontbinding uiteraard slechts effectief is vanaf het moment waarop de ontbindingsverklaring de andere huurcontractspartij heeft bereikt.[73] Buitengerechtelijke ontbinding van de huurovereenkomst is dus mogelijk indien (1) ingevolge artikel 7:206 lid 1 BW het voor de verhuurder onmogelijk is het gebrek te verhelpen dan wel indien dit redelijkerwijs niet van de verhuurder kan worden gevergd (met name in het geval herstel onevenredig hoge uitgaven van de verhuurder zou vergen) en indien (2) ingevolge artikel 7:206 lid 2 BW sprake is van kleine herstellingen in de zin van artikel 7:217 BW (gering en dagelijks onderhoud) en voor gebreken waarvoor de huurder aansprakelijk is (in het laatste geval bijvoorbeeld omdat de huurder kleine herstellingen die voor zijn rekening kwamen, niet heeft verricht, waardoor een gebrek is ontstaan).

De mogelijkheid (c.q. het recht) tot buitengerechtelijke ontbinding van de huurovereenkomst bestaat naast het recht op evenredige huurvermindering op basis van artikel 7:207 BW en het recht op schadevergoeding als gevolg van het gebrek op zichzelf beschouwd zoals bedoeld in artikel 7:208 BW. Leidt meer in het bijzonder ook de beëindiging van de huurovereenkomst op zichzelf van de ene huurcontractspartij tot (verdere) schade aan de andere huurcontractspartij, dan kan op grond van artikel 7:210 lid 2 BW ook daarvan vergoeding door de andere huurcontractspartij worden gevorderd. Aldus kan de huurcontractspartij die terecht de huurovereenkomst buitengerechtelijk ontbindt, aanspraak maken op twee soorten schadevergoeding: de schade die in eerste instantie geleden wordt als direct gevolg van het gebrek op zichzelf beschouwd en daarnaast de in theorie separaat daaraan ontstane schade die geleden

72 HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666.
73 Zie voor een algemene beschouwing over het geheel vergaan van het gehuurde: Asser-Abas,5-IIA (Huur), 2001, p. 85 e.v.

wordt als gevolg van het beëindigen van de huur. Aannemelijk is dat de twee schadesoorten elkaar kunnen overlappen.

De praktijk: het geheel vergaan van het gehuurde
Zoals hierboven is aangeduid kan de huurovereenkomst zowel door de huurder als de verhuurder buitengerechtelijk worden ontbonden indien een gehuurde zaak een gebrek krijgt dat de verhuurder niet behoeft te herstellen (met name omdat herstel onmogelijk is of in redelijkheid te kostbaar) en welk gebrek ertoe leidt dat het genot dat de huurder mocht verwachten geheel onmogelijk is geworden (zie art. 7:210 BW in samenhang met artikel 7:206 BW). Voorbeelden uit de praktijk hierbij zijn het gehuurde paard dat plotseling sterft of het pand dat te kampen krijgt met een flinke brand. De wetgever is bij de redactie van artikel 7:210 BW ervan uitgegaan dat indien door een gebrek (in het gegeven voorbeeld: de gevolgen van de brand) het in concreto door de huurder te verwachten genot geheel onmogelijk is geworden, de verhuurder zich op eenvoudige wijze moet kunnen verlossen van de huurovereenkomst indien herstel van het gebrek (de brandschade) onmogelijk en/of te kostbaar is. Dit is evenwel om meerdere redenen een te eenvoudige voorstelling van zaken.

De behoefte aan rechtszekerheid
Ten eerste is de mogelijkheid van de buitengerechtelijke ontbinding om meerdere redenen minder praktisch dan deze op het eerste gezicht lijkt. De buitengerechtelijke ontbinding komt in de praktijk namelijk neer op het verzenden (door de verhuurder of de huurder) van een brief met bericht van ontvangst of een faxbericht (gericht aan de andere huurcontractspartij) waarin onder opgave van redenen (bijvoorbeeld het feit dat de brand het gehuurde pand grotendeels in as heeft gelegd) wordt aangegeven dat de huurovereenkomst vanaf een bepaald moment als ontbonden moet worden beschouwd. Een dergelijke brief kan overleg tussen huurder en verhuurder bevorderen, hetgeen praktisch is, want het kan een spoedige minnelijke uitkomst bevorderen, maar dat kan voor hetzelfde geld een verscherping van standpunten betekenen. De reactie van de wederpartij is namelijk, zo blijkt uit de praktijk, volstrekt onvoorspelbaar vanwege, zoals onderstaand nader wordt uiteengezet, allerlei andere onderliggende belangen.

Daarnaast levert een dergelijke brief of faxbericht niet de door de wetgever beoogde zekerheid omtrent de juridische status van de huurovereenkomst.[74] Op grond van artikel 7:267 BW heeft een dergelijke brief een prompt intredend rechtsgevolg, namelijk de huurontbinding vanaf een bepaalde datum. Deze datum kan overigens niet een eerdere zijn dan de dag waarop de brief is verzonden, omdat artikel 6:269 BW stelt dat ontbinding (in zijn algemeenheid) geen terugwerkende kracht heeft. Door het verzenden van de brief zal degene die de ontbinding buitengerechtelijk heeft ingeroepen op grond van artikel 7:210 BW in samenhang met artikel 6:267 BW zich definitief ontheven

74 Kamerstukken II 1997/1998, 26 089, nr. 3, p. 21.

wanen van diens contractuele en wettelijke verplichtingen jegens de huurcontractspartij, hetgeen in theoretische zin ook juist is. In het verlengde hiervan bestaat de mogelijkheid voor de huurcontractspartij, geheel in de lijn van de bedoeling van de wetgever, vervolgens concrete stappen te ondernemen zoals het huren van een alternatief huurobject en het voorbereiden van een verhuizing dan wel het maken van een plan voor herstel en het opsporen van een alternatieve huurder.

Dergelijke adequate acties leveren, ondanks het feit dat de wetgever deze kennelijk beoogt, evenwel een risico op. Immers, of en in hoeverre de buitengerechtelijk ingeroepen huurontbinding door de andere partij wordt betwist of wordt aanvaard is niet definitief duidelijk. Het concrete risico bestaat dat de ondernomen acties te voorbarig zijn geweest omdat de buitengerechtelijke ontbinding in een procedure voor de rechter geen stand houdt. De hierboven aangeduide aangegane verbintenissen moeten in een dergelijk geval worden teruggedraaid, hetgeen waarschijnlijk moeilijk zal blijken te zijn.

Indien de wederpartij de buitengerechtelijk ingeroepen ontbinding betwist en naar de rechter stapt en geheel of gedeeltelijk nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst vordert omdat het gebrek naar diens oordeel kan worden hersteld en het genot volgens deze dus *niet* geheel onmogelijk is, komt de eerdere buitengerechtelijke ontbinding op losse schroeven te staan. Dit risico dient degene die de buitengerechtelijke ontbinding van de huurovereenkomst inroept, zich te realiseren. Wel kan de buitengerechtelijke ontbinding als voorfase van een eventuele latere procedure voor de rechter nuttig zijn, omdat, zoals hierboven reeds is gesteld, ontbinding in zijn algemeenheid geen terugwerkende kracht heeft (zie art. 7:269 BW). Indien de rechter na een procedure de huurovereenkomst uiteindelijk definitief geheel of gedeeltelijk ontbonden verklaart, kan de door de rechter uitgeroepen ontbinding feitelijk toch terugwerkende kracht hebben vanwege de eerdere buitengerechtelijk gerealiseerde ontbinding die de rechter in een later stadium 'voor recht kan verklaren'. De buitengerechtelijke ontbinding biedt aldus niet de door de wetgever beoogde spoedige definitieve zekerheid over de status van de huurovereenkomst. Wel kan deze in de praktijk nuttig zijn omdat, in het geval een procedure voor de rechter volgt, een latere uitspraak van de rechter waarin deze de eerdere buitengerechtelijke ontbinding bevestigt door deze 'voor recht' te verklaren, terugwerkende kracht heeft. Want hij verklaart daarmee tevens de eerder buitengerechtelijk ingeroepen ontbindingsdatum voor recht. Het is aldus slechts de rechter die uiteindelijk zekerheid geeft over de status van de huurovereenkomst en niet de partij die overgaat tot het buitengerechtelijk ontbinden ervan.

De onderliggende belangen van huurder en verhuurder
Vervolgens kan over de vraag of in een bepaald geval sprake is van genot dat al of niet *geheel* onmogelijk is geworden, een discussie ontstaan waarbij tevens geheel andere onderliggende belangen van de huurder en de verhuurder een rol spelen. De verhuurder en huurder kunnen namelijk ingeval het huurgenot *geheel* onmogelijk is geworden

als gevolg van bijvoorbeeld een brand door middel van de buitengerechtelijke verklaring betrekkelijk eenvoudig van elkaar af. Hierbij kan een der huurcontractspartijen ook los van de brand belang hebben. De brand kan hiertoe door een van hen als welkome aanleiding worden aangegrepen. Indien het huurgenot niet geheel doch slechts *gedeeltelijk* onmogelijk is geworden, is artikel 7:210 BW niet van toepassing. Van een vroegtijdige huurontbinding is dan derhalve geen sprake en de huurder kan binnen de mogelijkheden van artikel 7:206 BW herstel (naast huurvermindering op de voet van artikel 7:207 BW en schadevergoeding op de voet van artikel 7:208 BW) vorderen.

De onderliggende belangen van huurder en verhuurder die opeens (in het hierboven aangeduide voorbeeld van de brand) ter tafel komen, zijn niet eenvoudig vooraf te voorspellen, omdat deze van diverse factoren afhankelijk zijn, waarbij de factoren bovendien ook onderling van elkaar afhangen. Dergelijke factoren zijn:
1. de hoogte van de herstelkosten;
2. de duur die met het herstel gemoeid is;
3. het eventuele bestaan van een brandrisicoverzekeringspolis van de verhuurder die dekking biedt;
4. het eventuele bestaan van een bedrijfsrisicoverzekeringspolis bij de huurder die dekking biedt;
5. de eventuele beschikbaarheid van een alternatieve bedrijfsruimte voor de huurder;
6. de eventuele beschikbaarheid van een alternatieve huurder voor de verhuurder;
7. de hoogte van de huurprijs (een lage huurprijs betekent een aantrekkelijke factor voor de huurder om niet snel tot buitengerechtelijke ontbinding over te gaan, een hoge huurprijs is voor de verhuurder een reden om dat niet snel te doen);
8. de resterende looptijd van de huurovereenkomst;
9. de locatiegebondenheid van de door de huurder geëxploiteerde onderneming; en
10. de financieel-economische gezondheid van de door de huurder geëxploiteerde onderneming.

Wanneer is een pand 'geheel vergaan'?
De beantwoording van de vraag of het gehuurde door een gebrek al of niet geheel is vergaan blijft in het nieuwe huurrecht, ook los van het bovenstaande, van groot belang. Immers, bij geheel vergaan als gevolg van een gebrek (bijvoorbeeld in het geval van een alles verwoestende brand) kunnen de huurder en/of verhuurder krachtens artikel 7:210 BW van de huurovereenkomst af, heeft de huurder krachtens artikel 7:207 BW recht op evenredige huurvermindering vanaf het moment waarop het gebrek ter kennis van de verhuurder is gebracht en heeft de huurder recht op schadevergoeding (krachtens artikel 7:206 BW en krachtens artikel 7:210 lid 2 BW). Bij het niet geheel vergaan van het gehuurde (bijvoorbeeld in het geval een brand slechts een gedeelte van het gehuurde in as heeft gelegd en het restant zodanig bruikbaar is dat dit gedeelte de huurder het door deze te verwachten genot kan verschaffen) heeft de huurder recht op herstel krachtens artikel 7:206 BW (mits niet onmogelijk en niet onredelijk kostbaar), evenredige huurvermindering krachtens artikel 7:207 BW en schadevergoeding krachtens artikel 7:208 BW. De kantonrechter Gouda oordeelde in een kwestie waarin

de vloer en muren van een bedrijfsruimte aangetast waren door een hardnekkige zwammenplaag, welke aantasting tijdens de procedure door de verhuurder allengs werd verwijderd, dat het object niet geheel was vergaan omdat herstel mogelijk bleek en ook feitelijk had plaatsgevonden en wees de vordering tot huurvermindering en schadevergoeding (op grond van onrechtmatig gedrag wegens vertraagde oplevering van de herstelwerkzaamheden) om deze reden af.[75] Deze niet erg begrijpelijke redenatie vindt geen steun in noch het oude, noch het nieuwe huurrecht. Het feit dat herstel mogelijk blijkt, impliceert juist in zijn algemeenheid dat juist wel sprake is van (slechts) 'ten dele vergaan'.

De cruciale vraag wanneer het gehuurde geheel is vergaan, heeft de Hoge Raad reeds in 1972 beantwoord in een uitspraak die ten grondslag heeft gelegen aan de nieuwe artikelen 7:210 BW en 7:206 BW.[76] De Hoge Raad heeft in deze uitspraak uit 1972 daartoe twee criteria geformuleerd:

1. indien van de zaak, voor het doel van het gehuurde, geen bruikbaar deel meer over is; en
2. indien de kosten dermate hoog zijn in vergelijking met het overgebleven deel, dat er geen sprake meer kan zijn van herstel.

Het eerste criterium van de Hoge Raad is in het nieuwe huurrecht wettelijk vastgelegd in artikel 7:210 lid 1 BW, door de bewoordingen dat het genot dat de huurder mocht verwachten door een gebrek *geheel onmogelijk* wordt gemaakt. Het tweede criterium van de Hoge Raad is gecodificeerd in artikel 7:206 lid 1 BW, waaruit blijkt dat de verhuurder het gebrek niet behoeft te herstellen indien herstel (technisch) onmogelijk is of in redelijkheid te kostbaar. In het nieuwe huurrecht speelt bij de beantwoording van de vraag of sprake is van het geheel en al vergaan van het gehuurde tevens (zie art. 7:210 lid 1 BW) het verwachtingspatroon van de huurder in het specifieke onderhavige geval een nadrukkelijke rol. De wetgever doelt immers in artikel 7:210 lid 1 BW op het geheel vergaan van het gehuurde als gevolg van een gebrek dat het genot van het gehuurde dat de huurder in het concrete geval mocht *verwachten*, geheel onmogelijk maakt. Van een geheel onmogelijk worden van een bepaald genot is ook sprake als weliswaar nog enig ander genot mogelijk is, maar dit genot door de beperking als gevolg van het gebrek een wezenlijk ander genot is dan de huurder mocht verwachten.

Het voorschrift in artikel 7:210 lid 1 BW dat moet worden gesproken van genot dat de huurder mocht verwachten is in een specifieke situatie concreet in te vullen en is daarmee uitdrukkelijk iets anders dan de vraag of het genot van het gehuurde in het algemeen nog mogelijk is. Op dit laatste doelde de Hoge Raad in 1972 in de formulering van het eerste criterium door daarin het vergaan van het gehuurde afhankelijk te stellen van de beantwoording van de vraag of voor het doel van het gehuurde geen

75 Ktr. Gouda 10 april 2003, rolnr. 01-768 (n.g.).
76 HR 24 november 1972, *NJ* 1973, 102.

bruikbaar deel meer over is.[77] Het ogenschijnlijk nieuwe element van de concrete verwachting van de huurder in artikel 7:210 BW sluit echter inhoudelijk aan op de inhoud en strekking van het onderdeel van het hierboven als eerste genoemde criterium van de Hoge Raad ('het doel van het gehuurde').

Het inhoudelijke verschil tussen de twee criteria is minimaal, want slechts gelegen in het perspectief van waaruit de voorwaarde is geformuleerd. De frase in het criterium van de Hoge Raad is geschreven vanuit het perspectief van de verhuurder, die het object in beginsel aan verschillende huurders met verschillende specifieke gebruiksmotieven kan verhuren. Hierdoor heeft 'het doel van het gehuurde' (bijvoorbeeld: het huisvesting bieden aan een garagebedrijf) een betrekkelijk ruime betekenis, zodat in elk geval op dit onderdeel in een bepaald geval spoedig aan dit criterium in artikel 7:210 lid 1 BW zal zijn voldaan. De frase in het nieuwe artikel 7:210 BW luidende 'het genot dat de huurder mocht verwachten' is daarentegen uitdrukkelijk vanuit het perspectief van de huurder en diens verwachtingspatroon van het betreffende huurgenot in een specifiek geval geformuleerd. Deze frase heeft daarmee een concretere, minder ruime betekenis gekregen. Inhoudelijk komen beide formuleringen vrijwel op hetzelfde neer, zij het dat de wetgever door het verschuiven van het perspectief heeft willen vermijden dat de vraag of het genot in het 'algemeen' nog mogelijk is, nog enige rol speelt. Met andere woorden: het criterium voor de beantwoording van de vraag of het gehuurde al of niet geheel is vergaan is een vrijwel volledige codificatie van de door de Hoge Raad in 1972 aangelegde criteria, waarbij in het nieuwe huurrecht de nadruk wordt gelegd op het verwachtingspatroon van de huurder. Gevoegd bij de wettelijke mogelijkheid van evenredige huurvermindering en de wettelijke mogelijkheid van schadevergoeding leidt dit tot de conclusie dat de huurder in het geval het gehuurde geheel vergaat door een gebrek, beter wordt beschermd dan in het oude huurrecht.

De beoordeling in de praktijk

Op dezelfde wijze als in het oude huurrecht zal ook in het nieuwe huurrecht de rechter in elke aan deze voorgelegde kwestie moeten bepalen of het gehuurde nu wel of niet geheel is vergaan c.q. of sprake is van een gebrek dat het door de huurder te verwachten genot geheel onmogelijk maakt. Is bijvoorbeeld een gehuurd pand waarin een garagebedrijf, bestaande uit een onderling afgescheiden showroom, een reparatieruimte, een opslagruimte, een kantoor en een winkel, wordt geëxploiteerd geheel door een brand in as gelegd, dan zal de rechter waarschijnlijk niet lang aarzelen met vast te stellen dat sprake is van een gebrek dat het te verwachten genot van de huurder geheel onmogelijk maakt,[78] ook al staan er nog enkele muren met een gedeelte van de dakconstructie overeind. Indien het garagebedrijf zich evenwel slechts tijdelijk richtte op de verkoop van auto's in de showroom en de verkoop van accessoires in de winkel en de reparatieruimte en de opslagruimte tijdelijk niet meer actief gebruikte (maar nog wel werd

77 Zie ook: Pres. Rb. Zutphen 19 december 1994, *WR* 1995, 54.
78 Pres. Rb. Breda, 6 oktober 1992, *NJ* 1993, 392.

gehuurd[79]) en het genot daarvan tijdelijk ook niet meer nodig had, kan het rechterlijk oordeel anders uitpakken, omdat het gebrek het door de huurder te verwachten genot niet geheel onmogelijk maakt. In het laatste geschetste geval kan de verhuurder desgevorderd gehouden worden (op de voet van art. 7:206 lid 1 BW) het gebrek te verhelpen. Daarbij gelden dan nog twee voorwaarden: indien herstel feitelijk (technisch) mogelijk is en indien herstel economisch mogelijk is, namelijk als het herstel door de verhuurder in redelijkheid te bekostigen valt. Deze twee voorwaarden hangen doorgaans onderling nauw samen, waarbij diverse factoren een rol kunnen spelen: de benodigde bouwmaterialen, een eventuele aanschrijving en de daaraan ten grondslag liggende rapporten tot herstel van Bouw- en Woningtoezicht[80], de verhouding tussen de herstelkosten en de economische restwaarde van het object[81] en de hoogte van een eventuele verzekeringsuitkering[82]. Wat dit laatste element betreft speelt, zo blijkt uit de jurisprudentie, de omstandigheid een rol dat de verhuurder is verzekerd voor brandschade aan zijn opstal. Worden er verzekeringspenningen aan de verhuurder uitgekeerd waarmee herstel geheel of grotendeels kan worden betaald en is herstel overigens feitelijk mogelijk, dan kan de verhuurder tot herstel worden veroordeeld. Ook in het oude huurrecht speelde het verzekeringsaspect een rol, zij het in een ander verband.[83]

Het geheel vergaan van het gehuurde als gevolg van een overheidsmaatregel
Een gebrek behoeft krachtens artikel 7:204 lid 2 BW niet uitsluitend betrekking te hebben op de materiële, bouwkundige staat van het pand, zoals de brand in het hierboven gegeven voorbeeld.[84] Ook indien het (overeengekomen) gebruik van het gehuurde om een andere reden blijvend verloren gaat, kan sprake zijn van geheel vergaan van het gehuurde, ondanks het feit dat de materiële toestand onveranderd blijft.[85] Een klassiek voorbeeld hierbij is de gehuurde gezonken baggermolen, die op zichzelf beschouwd in goede staat verkeerde, maar toch onder water verdween, hetgeen het gebruik onmogelijk maakte.[86] Ook een ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst *niet voorziene* overheidsmaatregel kan ertoe leiden dat het genot dat de huurder mocht verwachten geheel onmogelijk is geworden, bijvoorbeeld de onteigening van een groot gedeelte van het terras van een gehuurd horecapand, of een voor hotel bestemd pand dat niet blijkt te voldoen aan de vereisten in de gemeentelijke verordening.[87]

79 Ktr. Amsterdam 17 december 1996, *WR* 1997, 50.
80 Gerechtshof Amsterdam 9 december 1999, *Prg.* 2001, 5734 en Pres. Rb. Zutphen 26 juni 2001, *KG* 2001, 218; *Prg.* 2000, 5733; *WR* 2001, 73.
81 Ktr. Amsterdam 8 april 1997, *WR* 1997, 76 en Pres. Rb. Amsterdam 18 juni 1998, *WR* 1999, 24.
82 Ktr. Amsterdam 21 maart 2001, *WR* 2001, 53.
83 Pres. Rb. Utrecht 15 oktober en 19 november 1992, *KG* 1993, 56.
84 Zie ook Parlementaire Geschiedenis Boek 7 BW, p. 923.
85 Asser-Abas 5-II, 2e supplement op de 7e druk (2001), nr. 64.
86 HR 18 oktober 1872, W 3519.
87 HR 26 juni 1974, *NJ* 1975, 95 resp. Ktr. Amsterdam 3 september 1976 en 10 december 1976, *Prg.* 1977, 1185.

Ook in het geval een door de gemeente krachtens aanschrijving afgedwongen ontruiming plaatsvindt van de gehuurde kamers op de bovenverdiepingen van een pand, doet het te verwachten genot geheel onmogelijk worden.[88] De kamers waren in die kwestie in materieel opzicht onveranderd, doch waren in immaterieel opzicht naar het oordeel van de rechtbank (vertaald naar het nieuwe huurrecht) geheel vergaan omdat het genot blijvend onmogelijk was door een overheidsmaatregel als gevolg van het feit dat het pand niet aan de brandveiligheidsvoorschriften voldeed. De uitspraak van de Hoge Raad is onder het oude huurrecht gewezen, maar zij blijft om meer redenen (en ook in het nieuwe huurrecht) interessant. Nadere beschouwing in deze kwestie (en dergelijke kwesties in het algemeen) verdient met name de bestuursrechtelijke opstelling van de huurder, omdat deze doorgaans invloed kan uitoefenen op de overheidsmaatregel c.q. kan bijdragen in het vernietigen ervan. Zo ook in het onderhavige geval, zij het dat de rechtbank (naar het oordeel van de Hoge Raad: ten onrechte) daaraan voorbijging. De huurder had in de onderhavige kwestie een bezwaarschrift tegen de aanschrijving van de gemeente ingediend en in een later stadium had de huurder beroep ingesteld, welk beroep gedeeltelijk gegrond was verklaard en voor het overige nog door de Raad van State moest worden afgehandeld. De huurder had dan ook in de procedure (strekkende tot het verkrijgen van het – vertaald naar het nieuwe huurrecht – genot) voor de rechtbank gesteld dat de aanschrijving niet onherroepelijk was en in bestuursrechtelijke zin zelfs gedeeltelijk was vernietigd en wellicht zelfs geheel zou worden vernietigd. Hieraan was de rechtbank opmerkelijk genoeg voorbijgegaan in haar beoordeling of (vertaald naar het nieuwe huurrecht) sprake was van geheel (blijvend) onmogelijk genot. Dit heeft de rechtbank ten onrechte niet onder ogen gezien, omdat dit het blijvende karakter van de onmogelijkheid van het door de huurder te verwachten genot op losse schroeven had gezet. Hiernaast had de huurder in de procedure voor de rechtbank gesteld dat de aanschrijving van de gemeente voor de verhuurder niet uit de lucht was gevallen, omdat deze het pand zodanig (opzettelijk) had verwaarloosd dat het niet meer aan de brandveiligheidsvoorschriften voldeed.[89] Ook dit heeft de rechtbank ten onrechte veronachtzaamd. Ook in het nieuwe huurrecht had dit kunnen leiden tot een schadevergoedingsplicht van de verhuurder jegens de gewezen huurder. De Hoge Raad verwees de zaak naar het Gerechtshof voor nader feitenonderzoek, hetgeen de huurder niet meer kon redden, want deze had inmiddels al ontruimd.

Met deze uitspraak bevestigt de Hoge Raad niet alleen de eerdere rechtspraak, maar anticipeert hij tevens op de ruime definitie van gebrek in het nieuwe artikel 7:204 lid 2 BW, dat niet alleen een fysiek doch ook een immaterieel karakter heeft dat betrekking kan hebben op een overheidsmaatregel. Daarnaast onderschrijft de uitspraak van de Hoge Raad het belang van een actieve bestuursrechtelijke opstelling van de huurder, die door middel van diens bestuursrechtelijke bezwaar- en beroepsmogelijkheden de uitkomst kan beïnvloeden.

---

88 HR 5 oktober 2001, *RvdW* 2001, 151.

89 De huurder doelde hiermee kennelijk op Ktr. Amsterdam 3 juni 1986, *Prg.* 1989, 3018.

5.3.6 Feitelijke stoornis: artikel 7:204 lid 3 BW

Uit artikel 7:204 lid 3 BW vloeit voort dat geen gebrek in de zin van artikel 7:204 lid 2 BW is een feitelijke stoornis zónder dat een derde beweert een recht op het gehuurde te hebben, dan wel een bewering van recht zonder feitelijke stoornis. Een gebrek is derhalve ook een feitelijke stoornis door een derde met bewering van recht op het gehuurde. Men dient hierbij bijvoorbeeld te denken aan een derde die meent een erfdienstbaarheid op het gehuurde te hebben en daarvan ook daadwerkelijk gebruik-maakt, door bijvoorbeeld een auto te parkeren op het perceel dat deel uitmaakt van het gehuurde. Een gebrek is tevens een feitelijke stoornis door een derde waarover de verhuurder een zodanige bevoegdheid heeft, dat gesteld kan worden dat hij of zij zelf mede tot de feitelijke stoornis bijdraagt. Men denke hierbij vooral aan burenoverlast, veroorzaakt door een andere huurder van dezelfde verhuurder. In dat geval wordt de overlast dus wél een gebrek dat aan de verhuurder kan worden toegerekend, met als gevolg dat de huurder:

a. vordert dat de verhuurder het gebrek verhelpt (art. 7:206 lid 1 BW);
b. het gebrek zelf verhelpt en de daarvoor gemaakte kosten op de huurprijs in mindering brengt (art. 7:206 lid 3 BW);
c. vermindering van de huur vordert in evenredigheid met het verminderde huurgenot (art. 7:207 lid 1 BW);
d. vordert dat de verhuurder de geleden schade vergoedt (artikel 7:208 BW).

5.3.7 Procesbijstandsplicht bij rechtsstoornis (art. 7:211 BW)

Artikel 7:211 BW verplicht de verhuurder om procesbijstand te verlenen als een derde (zakenrechtelijke[90]) aanspraken op het gehuurde jegens de huurder geldend maakt, waardoor sprake is van rechtsinbreuk.[91] Waaraan moeten we bij de cryptische bewoordingen van art. 7:211 lid 1 BW denken?

Het ideaaltype

Een goed voorbeeld is de verhuur van een horecapand waarbij tevens de onderneming met inventaris wordt gehuurd en waarbij een derde eigendomsrechten pretendeert op de inventaris (bijv. op grond van een eigendomsvoorbehoud[92]), hierop conservatoir beslag legt en afgifte vordert. Indien aldus door een derde tegen de huurder een vordering wordt ingesteld terzake van een recht op het gehuurde (strekkend tot afgifte), dan levert dat op grond van artikel 7:211 lid 1 BW op dat de verhuurder (na

90 Het gaat hier dus uitdrukkelijk niet om een persoonlijk recht 'met betrekking tot' die zaak. Ook een geschil met een andere huurder van dezelfde verhuurder valt hier dus buiten. Zie Parl Gesch. Inv. Boeken 3,5 en 6, Aanpassing van de overige wetten, p 64.

91 Hier dringt de analogie met de non-conformiteitsregeling met koop zich op (zie art. 7:15 en 7:16 BW).

92 Zie voor algemene beschouwing over eigendomsvoorbehoud: W. H. M. Reehuis, 'Eigendomsvoorbehoud', *Mon. NBW* 1998, dl. 6c, p. 57 e.v.

kennisgeving van de huurder) de verplichting heeft om (op enigerlei wijze) in het geding te komen teneinde belangen van de huurder te verdedigen. Het ideaaltype is dat de verhuurder de huurder (zakelijke) vrijwaring verleent waardoor deze de procedure van de huurder als gedaagde partij overneemt (krachtens de artt. 212 en 213 Rv.). Het gevolg van deze overneming voor de derde is dat deze in de hoofdzaak geen nadeel in zijn recht van executie ondervindt (art. 213 Rv.).

Kostenvergoeding
De door de huurder gemaakte kosten (met name die aangaande juridische bijstand, griffierecht e.d.) dienen door de verhuurder op grond van art. 7:211 lid 2 BW aan deze te worden vergoed mits de kennisgeving 'onverwijld' is gedaan. Treuzelt de huurder, dan komen alleen na de kennisgeving ontstane kosten voor vergoeding in aanmerking. Voor het vergoeden van schade door de verhuurder biedt art. 7:211 lid 3 de huurder geen mogelijkheid.

Geen processueel dwangmiddel
De verplichting van de verhuurder krachtens art. 7:211 lid 1 BW is (slechts) een inspanningsverplichting en geen resultaatsverbintenis. In het verlengde hiervan houdt deze verplichting nadrukkelijk niet een vrijwaringsverplichting in. In eerste instantie bestaat de mogelijkheid dat de verhuurder op verzoek van de huurder zich op vrijwillige basis kan voegen in de procedure teneinde daarin diens belang te verdedigen (krachtens art. 217 Rv.). De verhuurder komt derhalve zijn verplichting jegens de huurder reeds na door na voeging ten behoeve van diens belangen verweer te voeren. Weigert de verhuurder dit op vrijwillige basis dit te doen, dan kan deze door de huurder in vrijwaring worden opgeroepen. Maar een dwangmiddel is dit niet, omdat art. 212 Rv. niet verder strekt dan dat de waarborg het geding mag overnemen. Een processuele verplichting bestaat niet. De verplichting is slechts gebaseerd op art. 7:211 lid 1 BW. Bij een onwillige verhuurder rest de huurder derhalve een (in kort geding) in te stellen nakomingsvordering krachtens art. 7:211 lid 1 BW, waarbij deze vordert dat de verhuurder op straffe van een dwangsom in de tegens de huurder aanhangige procedure verweer voert, hetzij door voeging hetzij na een oproeping in vrijwaring. Tevens kan daarbij ingeval van een op rechtsstoornis gebaseerde reële dreiging van toekomstige feitelijke stoornis jegens de derde een verbod op feitelijke uitvoering (op bevel zich daarvan te onthouden) op straffe van een dwangsom worden gevorderd.[93]

De beperkte strekking van art. 7:211 BW
Artikel 7:211 BW heeft uitdrukkelijk niet de strekking de verhuurder te verplichten voor de nadelige gevolgen van een vonnis tegen de huurder in te staan. Zover reikt dit artikel niet. Deze verplichting ontstaat eerst indien het verweer van de verhuurder vruchteloos is gebleken en het voor de huurder nadelige vonnis door feitelijke stoornis (het feitelijk wegvoeren van de inventaris) wordt gevolgd, waardoor sprake is van een

93 Deze constructie blijkt uit Kamerstukken II 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 8.

gebrek met als gevolg dat de huurder in dat geval diverse instrumentaria toekomt (zie paragraaf 5.3.3), waaronder het recht op schadevergoeding dat hem krachtens lid 3 van art. 7:211 BW wordt onthouden. Hieruit vloeit voort dat de huurder jegens de verhuurder bij rechtsinbreuk mét feitelijke stoornis een sterkere juridische positie heeft indien hij het daarop laat aankomen, hetgeen uiteraard niet de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest.[94]

Onderhuur
Artikel 211 lid 3 BW verklaart deze regeling van overeenkomstige toepassing ingeval tegen de onderhuurder een vordering betreffende het ondergehuurde wordt ingesteld door de hoofdverhuurder (bijv. wegens uitwinning). Men dient hierbij te denken aan de situatie waarin, onder verwijzing naar het hierboven genoemde geval, niet de exploitant de huurder is, doch een bierbrouwerij, die op haar beurt het pand en de horecaonderneming aan de exploitant onderverhuurt.

5.4 Het zich gedragen als een goed huurder

5.4.1 Het verbod op het veranderen van de gedaante en inrichting van het gehuurde

Artikel 7:215 BW strekt in het huurrecht bedrijfsruimte tot vervanging van het soortgelijke oude artikel 7A:1633 BW en heeft als algemene bepaling aldus een ruime strekking: de voorziening van het nieuwe artikel 7:215 BW geldt voor woonruimte, detailhandelsbedrijfsruimte en de categorie overige bedrijfsruimte. Uitgangspunt van artikel 7:215 lid 1 BW is dat de huurder alleen veranderingen mag realiseren die aan het einde van de huur weer eenvoudig zijn te verwijderen. In de praktijk spreekt men, zoals hierboven reeds werd aangeduid, van het 'klusrecht' van de huurder. Volgens de Parlementaire Geschiedenis moet men hierbij denken aan het aanbrengen van wandspiegels met schroeven waarvan de gaten naderhand moeten worden dichtgestopt[95], het aanbrengen van een afzuigkap, douche of zelfs een CV.[96] Voor verdergaande veranderingen is (voorafgaande[97]) schriftelijke toestemming van de verhuurder nodig.

Een kritische noot
Opmerkelijk is dat de wetgever er kennelijk niet aan heeft gedacht welke consequenties deze zelfklus-regeling zou kunnen hebben bij bedrijfsruimte. Ik noem een eenvoudig voorbeeld. Een exploitant van een spijkerbroekenramsj huurt krachtens huurovereenkomst de begane grond en de kelder van een pand aan een drukke winkelstraat in

94 Zie hierover nader: Asser-Abas, 5-IIA (Huur), p. 58 e.v. en A. S. Rueb, Wetsvoorstel titel 7.4 BW, *WR* 1998, 10, p. 277 en 278.
95 Kamerstukken II 1997/1998, 26 089, nr. 3, p. 24 sub 2 en Kamerstukken II 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 20.
96 Kamerstukken II 2000/2001, 26 089, nr. 19, p. 23.
97 HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 433.

> Amsterdam met als bestemming voor het geheel: winkelruimte. Omdat de kelder onder water staat is de huurprijs slechts op het aantal m²'s van de begane grond gebaseerd. Niettemin heeft de verhuurder gestipuleerd dat ook de kelder tot het gehuurde behoort teneinde de verantwoordelijkheid daarvoor zoveel mogelijk bij de huurder te leggen. In de vloer van de begane grond is een groot luik aanwezig dat door zijn gewicht op zijn plaats blijft. Na aanvang van de huur haalt de huurder het luik weg en bewaart dit, zodat hij het bij oplevering eenvoudig kan terugplaatsen. Hij pompt vervolgens de kelder leeg, laat deze drogen en richt deze in als (extra) winkelruimte. De facto verdubbelt de huurder daarmee het verkoopoppervlak onder halvering van de huurprijs per m². Hij bezweert de verhuurder die hem hierop aanspreekt dat hij bij oplevering de kelder weer zal volpompen en het luik zal terugplaatsen. Deze gang van zaken was uiteraard niet de bedoeling van de verhuurder doch wel een consequentie van de toepasselijkheid van art. 7:215 in het huurrecht bedrijfsruimte.

Als bovengrens van wat wel en wat niet kan, dient 'goed huurderschap' (artt. 7:213 BW) te worden beschouwd.[98] Weigert de verhuurder deze toestemming, dan kan de huurder een rechterlijke machtiging vorderen, waaraan de rechter een voorwaarde of een last kan verbinden. Hij kan zelfs de huurprijs verhogen, indien de verhuurder hiertoe een tegenvordering indient (art. 7:215 lid 3 en 5 BW).
Bij woonruimte dient de verhuurder de toestemming tot het aanbrengen van de veranderingen binnen acht weken in te willigen indien de veranderingen de verhuurbaarheid van de woning niet schaden dan wel de waarde van de woning er niet door daalt (art. 7:215 lid 2 BW). Weigert de verhuurder van de woning desondanks de verzochte toestemming en wordt het woongenot door de veranderingen verhoogd, dan schrijft artikel 7:215 lid 4 BW de rechter uitdrukkelijk voor dat in een dergelijk geval de vordering van de huurder in elk geval moet worden toegewezen. Aldus heeft de wetgever een dubbele toetsing aangebracht: eerst wordt het belang van de huurder bij de verandering getoetst en vervolgens wordt het belang van de verhuurder bij weigering beoordeeld. De wetgever maakt op deze wijze een eind aan de ontwikkeling in de jurisprudentie waarin de regel is ontwikkeld dat een beroep op een verbod in de huurovereenkomst tot het aanbrengen van veranderingen getoetst moet worden op de redelijkheid en billijkheid en om die reden, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, onaanvaardbaar kan zijn.[99] De nieuwe toetsing is soepeler en dus gunstiger voor de huurder van woonruimte.

Bij bedrijfsruimte geldt dit tweeledige voorschrift van artikel 7:215 lid 4 BW niet. Indien de verhuurder van bedrijfsruimte toestemming tot het aanbrengen van veranderingen weigert, dan dient de rechter de vordering van de huurder toe te wijzen indien de veranderingen noodzakelijk zijn voor een doelmatig gebruik van het gehuurde en indien geen zwaarwichtige bezwaren aan de zijde van de verhuurder bestaan

98 Kamerstukken I 2001/2002, 26 089, nr. 325b, p. 11.
99 HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 363.

welke zich tegen het aanbrengen van de veranderingen verzetten. De toetsing bij bedrijfsruimte is derhalve zwaarder en minder gunstig voor de huurder dan bij woonruimte.

Het instellen van de rechtsvordering door de huurder die een weigerachtige verhuurder niet zijnde de eigenaar, vruchtgebruiker of erfpachter tegenover zich ziet, kan (zowel bij woonruimte als bij bedrijfsruimte) gecompliceerd worden, omdat de verhuurder in die gevallen op grond van artikel 7:215 lid 3 BW de verplichting heeft deze tijdig in het geding op te roepen. Hetzelfde geldt indien op het object een hypotheek rust. In dat geval moet de verhuurder, op basis van hetzelfde artikellid, de hypotheekhouder tijdig in het geding oproepen.

Op basis van artikel 7:215 lid 6 BW is de gehele regeling aangaande door de huurder gewenste veranderingen van semi-dwingend recht (voor alle huurobjecten) en kan van deze wettelijke regeling dus niet bij huurovereenkomst of de daarbij behorende algemene voorwaarden op rechtsgeldige wijze ten nadele van de huurder worden afgeweken. Dit betekent dat het de huurder (willekeurig andersluidende afspraken) vrij staat zonder toestemming van de verhuurder kleine veranderingen zoals bedoeld in artikel 7:215 lid 1 BW te realiseren, bijvoorbeeld het ophangen van een handdoekenrek of een spiegel in de badkamer. Denkbaar is wel dat in de huurovereenkomst en de daarbij behorende algemene voorwaarden nadere voorwaarden worden gesteld aan het klusrecht van de huurder, zoals het vooraf indienen van een bouwplan met specificatie van een erkende aannemer, het vereiste van het hebben van een onherroepelijke bouwvergunning, opgave van de te verwachten hinder aan derden, en opgave van de daartoe te nemen maatregelen en dergelijke. Eén en ander kan naar mijn mening in redelijkheid niet 'ten nadele van' de huurder worden geacht.

Indien de huurder na toestemming van de verhuurder dan wel via rechterlijke machtiging de door deze gewenste veranderingen en toevoegingen heeft gerealiseerd, betekent dat niet dat deze aan het einde van de huur uit het gehuurde moeten worden verwijderd. Op basis van artikel 7:216 lid 1 en lid 2 BW heeft de huurder wel een wegneembevoegdheid die van kracht is tot aan het moment van ontruiming, mits daarbij het gehuurde in de toestand wordt gebracht, die bij het einde van de huur redelijkerwijs in overeenstemming met de oorspronkelijke kan worden geacht. Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat de huurder uitdrukkelijk geen wegneembevoegdheid heeft ingeval van aangebrachte verbeteringen die inmiddels als gangbaar moeten worden beschouwd, zoals het aanbrengen van een gasketel ter vervanging van een oliegestookte c.v.-ketel. In een dergelijk geval is het de huurder niet toegestaan het gehuurde bij oplevering in de oude toestand te brengen, maar wordt deze op andere wijze tegemoetgekomen, namelijk door middel van artikel 7:216 lid 3 BW: de ongerechtvaardigde verrijking. Behoudens ingeval de rechter aan de machtiging tot het aanbrengen van de door de huurder gevorderde veranderingen de voorwaarde of last verbindt dat bij het einde van de huur de verandering weer moet zijn weggenomen, is de huurder niet verplicht de veranderingen aan het einde ongedaan te maken (art. 7:216 lid 2 BW). De

regeling van de ongerechtvaardigde verrijking op grond van artikel 7:216 lid 3 BW is uitdrukkelijk gekoppeld aan het algemene leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking in het algemene verbintenissenrecht (art. 6:212 BW). Een vergoeding is niet mogelijk indien de huurder in het kader van de toestemming of de (rechterlijke) machtiging heeft toegezegd dat hij de verandering of de toevoeging aan het einde van de huur zelf zal verwijderen, ook al gebeurt dit niet daadwerkelijk. Daarnaast is een vergoeding niet mogelijk indien de verhuurder zélf de verandering ongedaan heeft gemaakt. Voorts is vergoeding niet mogelijk indien huurder en verhuurder overeenkomen dat van een vergoeding geen sprake kan zijn. In een dergelijk geval is de verrijking namelijk niet ongerechtvaardigd, omdat hij het directe en voorzienbare gevolg van de (huur)overeenkomst is.[100] Een dergelijke afspraak in algemene voorwaarden als uitsluiting van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding wegens ongerechtvaardigde verrijking kan evenwel onredelijk bezwarend zijn op grond van artikel 6:237 onder f BW. Om deze reden kan worden gesteld dat het niet nodig is dat de mogelijkheid van de huurder (van woonruimte, zie art. 7:242 lid 2 BW) zich te beroepen op ongerechtvaardigde verrijking krachtens artikel 7:216 lid 3 BW van dwingendrechtelijke aard is. In het geval van bedrijfsruimte is artikel 7:216 lid 3 BW niet van (semi-)dwingendrechtelijke aard en zijn andersluidende afspraken tussen huurder en verhuurder in de huurovereenkomst derhalve geldig en voorzover deze zijn opgenomen in de algemene voorwaarden toetsbaar aan de 'open norm' van artikel 6:233 sub a BW. Bij gebreke van enige afspraak is in elk geval een beroep op ongerechtvaardigde verrijking mogelijk.

5.4.2 De verplichting tot het verrichten van kleine herstellingen

De huurder heeft op basis van artikel 7:217 BW de verplichting kleine herstellingen aan het gehuurde te verrichten, ook die door overmacht zijn ontstaan. Voor woonruimte worden bij AMvB van 8 april 2003 kleine herstellingen opgesomd. Voor bedrijfsruimte geldt het criterium dat kleine herstellingen:

1. eenvoudig zijn;
2. in verhouding met de huurprijs, het soort gehuurde en de omvang van het gehuurde, niet kostbaar zijn;
3. geen specialistische kennis vergen; en
4. noodzakelijk zijn voor normaal gebruik van het gehuurde.[101]

De term 'herstellingen' wordt geacht identiek te zijn aan de term 'gebreken'. Onduidelijk is evenwel de reden waarom artikel 7:217 BW voor wat betreft de terminologie niet in overeenstemming is gebracht met de gebrekenregeling. Uitzondering op deze regel zijn de kleine herstellingen die noodzakelijk zijn door het tekortschieten van de verhuurder in de nakoming van diens verplichting tot het verhelpen van gebreken. Bij

100 Zie hierover nader: Asser-Hartkamp 4-III, nr. 356.
101 Dozy/Huydecoper, *Tekst & Commentaar Huurrecht*, 2003, p. 26.

bedrijfsruimte is deze bepaling van regelend recht. Partijen kunnen dus op rechtsgeldige wijze hiervan afwijken in de huurovereenkomst en/of de daarbij behorende algemene voorwaarden. De regeling is op dit punt anders bij woonruimte, waar artikel 7:240 BW (semi-dwingendrechtelijk) voorschrijft dat bij AMvB herstellingen kunnen worden aangewezen die als kleine herstellingen als bedoeld in artikel 7:217 BW voor rekening van de huurder komen.

Artikel 7:217 BW voorziet niet in een bepaald moment waarop de huurder aan diens verplichtingen moet hebben voldaan. Aannemelijk is dat deze verplichting gedurende de looptijd van de huurovereenkomst bestaat.[102] Indien de beheerder tussentijds een inspectie doet in het bedrijfspand, kan deze vaststellen of de huurder al of niet aan zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 7:217 BW voldoet. Bij gebreke daarvan kan de huurder worden aangesproken op de nakoming van diens verplichting op dit punt. In elk geval is er in samenhang met artikel 7:224 BW en artikel 7:225 BW af te leiden dat op het moment van oplevering altijd moet kunnen worden vastgesteld of de huurder aan zijn (doorgaans contractueel vastgelegde) herstelverplichtingen heeft voldaan.

Het is mij altijd onduidelijk geweest welke ratio schuil gaat achter de regel dat de huurder kleine herstellingen moet verrichten. Doorgaans roept men 'goed gebruik', hetgeen dogmatisch niet bepaald overtuigt. Uit de wetsgeschiedenis lijkt naar voren te komen dat kleine herstellingen samenhangen met het dagelijkse gebruik van het gehuurde en, mede omdat de kosten ervan niet zo hoog worden geacht, maar het beste door de gemiddeld handige huurder zelf kunnen worden uitgevoerd.[103] Bovendien wordt de huurder niet geacht daarmee de verhuurder lastig te vallen. Het geringe praktische belang van de aan de wetgever gestelde vraag wie de schoorsteen moet vegen rechtvaardigt kennelijk geen beter doordachte ratio, hetgeen te betreuren valt. Ook het onderscheid tussen woonruimte en bedrijfsruimte geeft de wetgever kennelijk geen aanleiding tot nuancering. In het nieuwe huurrecht is op dit punt overigens geen verbetering te bespeuren. Wat dat betreft biedt het nieuwe huurrecht geen nieuwe gezichtspunten c.q. de introductie van enige dogmatiek die tot overpeinzing stemmen. Het is oude wijn in nieuwe zakken.

Per 1 augustus 2003 is nieuw, zoals hierboven reeds is aangeduid, de uitsluiting van de herstelplicht ingeval de herstellingen nodig zijn omdat de verhuurder bij het verhelpen van gebreken toerekenbaar tekort is geschoten. Indien de verhuurder, zoals bij bedrijfsruimte te doen gebruikelijk, evenwel een derde het herstel laat verrichten, geldt de uitsluiting strikt genomen niet en kan de huurder slechts verhaal halen bij deze (waarschijnlijk onbekende) derde.

---

102 Kamerstukken II, 1997/1998, 26 089, nr. 3, p. 35.
103 Kamerstukken II 1997/1998, 26 089, nr. 3, p. 27.

Wat is nu een kleine herstelling en wat is niet meer een kleine herstelling? De grens lijkt te liggen bij hetgeen niet meer eenvoudig door de huurder kan worden gedaan vanwege een buiten diens risico gelegen omstandigheid. Daarbij kan men denken aan specialistische kennis die de huurder niet geacht wordt te hebben. Klein is het ontluchten van de CV; niet klein is CV-onderhoud van het bedrijfspand. Klein is het vervangen van filters in een technisch ingewikkeld ventilatiesysteem in een fabriek. Niet klein is het verhelpen van een storing aan dit systeem. Klein is het vervangen van een zekering in een stoppenkast; niet klein is het verhelpen van een storing daarin. Klein is het schoonhouden van de dakgoot die van binnenuit bereikbaar is. Niet klein is het schoonhouden van de dakgoot die slechts buitenom, via een ladder bereikbaar is. Daarnaast kan een beding in de huurovereenkomst of een bouwkundige situatie de huurder verhinderen kleine herstelwerkzaamheden te verrichten, zoals een centrale CV-ruimte van een bedrijvencomplex, die verboden is voor huurders (als ze deze al weten te vinden).

Het financiële aspect lijkt geen onderscheidend criterium: de kosten van bijvoorbeeld binnenschilderwerk zijn niet gering en behoren tot de meest aanvaarde voorbeelden van huurders' verplichtingen, vooral bij huurders van bedrijfsruimte, waarbij een representatief karakter van het object van groot belang is. Ook weegt het gedrag van de huurder mee. Een kapot gewaaide deur in de hal van een bedrijfspand is een kleine herstelling die de huurder behoort te verrichten. Ook op dit punt is prompt herstel vanuit het oogpunt van representativiteit overigens van groter belang dan hierover in debat te gaan met de verhuurder.

Zoals hierboven gesteld, zal doorgaans bij bedrijfsruimte de huurovereenkomst en/of de daarbij behorende algemene voorwaarden voorzien in een gedetailleerde inventarisatie van herstellingen en een voorziening waarin is geregeld welke partij voor het verrichten van herstel aansprakelijk is. Artikel 7:217 BW lijkt dan ook vooral geschreven te zijn voor woonruimte.

5.4.3 De gedoogplicht van dringende werkzaamheden

Artikel 7:220 lid 1 BW biedt voor de verhuurder ruime mogelijkheden de huurder te dwingen dringende (onderhouds)werkzaamheden te gedogen. Hieronder vallen niet alleen (preventieve) onderhouds- en herstelwerkzaamheden aan het betreffende object die niet zonder nadeel (extra kosten of schade) kunnen worden uitgesteld doch tevens die aan naburige percelen alsook werkzaamheden strekkende ter voorkoming van schade, zonder de aanwezigheid van een gebrek. Daarnaast bestaat een specifieke afgeleide gedoogplicht van de huurder indien de verhuurder op grond van artikel 5:56 BW werkzaamheden moet toestaan ten behoeve van een naburig 'erf'. In het laatste geval is een behoorlijke kennisgeving van de gebruiker (de eigenaar van het naburige erf) aan de verhuurder verplicht en dient door de verhuurder geleden schade te worden

vergoed. Gelijk als in de rechtspraak onder de vigeur van het oude huurrecht[104] is uitgemaakt, is het uitgangspunt dat de huurder tot gedogen gehouden is indien het weigeren daarvan naar de aard van de gedaanteverandering, de betrokken belangen en de overige omstandigheden van het geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.[105] Naast het enkele gedogen dient de huurder in het nieuwe huurrecht zelfs gelegenheid te geven tot de uitvoering van de betreffende werkzaamheden. Het spiegelbeeld van de gedoogplicht van artikel 7:220 lid 1 BW wordt gevormd door artikel 7:206 lid 1 BW, krachtens welk artikel de verhuurder de verplichting heeft gebreken te herstellen. Ook zonder diens verplichting zal de huurder evenwel binnen de context van artikel 7:220 lid 1 BW moeten gedogen.

Aldus biedt artikel 7:220 lid 1 BW de verhuurder meer armslag dan het oude artikel 7A:1591 BW. Ook de huurder krijgt evenwel van de wetgever meer mogelijkheden toebedeeld. De huurder kan in geval van een gebrek aanspraak maken op huurvermindering, huurontbinding en schadevergoeding. Ten opzichte van het oude artikel 7A:1591 (lid 2) BW, waarbij van huurvermindering eerst na ommekomst van veertig dagen van reparatiewerkzaamheden sprake was, terwijl in het nieuwe huurrecht te allen tijde het recht op huurvermindering bestaat in geval van gebreken, betekent dit een versterkte positie van de huurder. Ook het feit dat in het nieuwe artikel 7:220 lid 1 BW uitdrukkelijk het recht van de huurder op vergoeding van schade (bijvoorbeeld de kosten van vervangende bedrijfshuisvesting, verhuiskosten en gederfde bedrijfsinkomsten) als gevolg van gebreken is opgenomen, levert een sterkere positie van de huurder op. Een derde reden waarom artikel 7:220 lid 1 BW de huurder een sterkere positie verschaft dan in het oude huurrecht, is de mogelijkheid van huurontbinding bij gebreken, welke mogelijkheid in het oude artikel 1591 (lid 3) BW beperkt was tot onbewoonbaarheid van woonruimte als direct gevolg van de uitgevoerde reparatiewerkzaamheden.

Artikel 220 lid 1 BW is niet van (semi-)dwingend recht. Partijen kunnen derhalve bij huurovereenkomst en/of de daarbij behorende algemene voorwaarden vrijelijk afwijkende afspraken maken, bijvoorbeeld aangaande de wijze waarop medewerking moet worden verleend. Daarbij zij aangetekend dat indien een woning door een gebrek of door de daarmee samenhangende werkzaamheden onbewoonbaar wordt verklaard, de huurder krachtens het bepaalde in artikel 7:279 BW bevoegd is de huurovereenkomst ingevolge artikel 6:267 BW te ontbinden en op grond van artikel 7:210 lid 2 BW schadevergoeding van de verhuurder te vorderen.

104 HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 779; HR 11 maart 1988, *NJ* 1988, 895 en HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 756.

105 Rb. Den Haag 8 februari 2002, *Prg*. 2002, 5840 en Gerechtshof Amsterdam 23 maart 2000, *Prg.* 2002, 5883.

De ondergrens van artikel 7:220 lid 1 BW wordt gevormd door de werkzaamheden als bedoeld in het artikel die niet dringend noodzakelijk zijn, en die hebben dan ook de uitdrukkelijke instemming van de huurder nodig. De bovengrens bestaat uit meer ingrijpende werkzaamheden zoals renovaties aan het object zelf, dan wel aan het complex waarvan het deel uitmaakt. Hierop zien de leden 2 t/m 4 van artikel 7:220 BW (zie onderstaande paragraaf 5.4.4).

5.4.4 De gedoogplicht van (complexgewijze) renovaties

Artikel 7:220 lid 2 t/m 4 BW bevat dezelfde regeling zoals deze geldt ingeval van dringende werkzaamheden (art. 7:220 lid 1 BW)[106], op grond waarvan de huurder en onderhuurder (niet alleen de bevoegdelijke doch ook de onbevoegdelijke onderhuurder[107]) kan worden verplicht de uitvoering van een redelijk renovatieplan te gedogen. Gelijk als bij artikel 7:220 lid 1 BW staat daarbij voorop dat de huurovereenkomst blijft voortbestaan.

Indien het renovatieplan van de verhuurder (definitieve) huurbeëindiging vereist omdat plaats en functie van het object dan wel die van meerdere objecten in een bedrijvencomplex zullen veranderen, dient niet het traject van artikel 7:220 BW te worden gevolgd doch dat van artikel 7:296 lid 1 sub b BW: de huuropzegging wegens 'dringend eigen gebruik'. In een dergelijk geval moet dan wel sprake zijn van een dringende noodzaak tot sloop en nieuwbouw. Zie hierover paragraaf 8.6.7.

Onder renovatie (zonder huurbeëindiging) wordt begrepen gedeeltelijke vernieuwing door verandering of toevoeging alsook sloop met vervangende nieuwbouw. In verband met dit laatste lijkt de wetgever met de frase dat de huurovereenkomst blijft voortbestaan, niet zozeer de huurovereenkomst zelf te hebben bedoeld, doch veeleer dat de huurrelatie blijft voortbestaan. Immers, met sloop en nieuwbouw vervalt in beginsel een essentieel onderdeel van de huurovereenkomst en is bovendien de kans reëel dat het nieuwe pand afwijkend is van het oude en (overigens niet zonder goede reden) gesloopte pand. Hier behoren nieuwe huurvoorwaarden bij, zodat de huurrelatie weliswaar op zichzelf niet door de uitvoering van de werkzaamheden wordt verbroken, doch wel ingrijpend wordt herzien. Een tweede opmerking ter relativering van het door de wetgever beoogde voortbestaan van de huurovereenkomst bestaat hierin dat artikel 7:220 lid 4 BW uitdrukkelijk vermeldt dat de gedoogplicht van de huurder onverlet laat de opzeggingsmogelijkheid van de verhuurder op grond van dringend eigen gebruik voor renovatie.

De eerste stap die de verhuurder dient te zetten is het aan de huurder schriftelijk verzoeken of deze kan instemmen met de renovatie, uiteraard onder voortzetting van de

106 Kamerstukken II 1997/1998, 26 089, nr. 3, p. 30.
107 Kamerstukken II (MvA) 2001/2002, 26 089, nr.162, p. 17.

(in de bewoordingen van artikel 7:220 lid 2 BW) huurovereenkomst. Weigert de huurder zijn medewerking, dan kan de verhuurder bij de rechter vorderen dat de huurder de renovatie moet gedogen. De verhuurder dient daarbij (op basis van artikel 7:220 lid 2 BW) voor de rechter aan te tonen dat zijn schriftelijke voorstel aan de huurder 'redelijk'[108] is, met name gelet op het belang van de verhuurder, afgewogen tegen het belang van de huurder en diens eventuele onderhuurders. Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat de rechter daarbij vrijelijk de wederzijdse belangen tegen elkaar afweegt, waarbij een rol kunnen spelen: de aard van de werkzaamheden, de noodzaak van het gedogen ervan door de huurder (waarbij ook de noodzaak van werkzaamheden aan belendende objecten van belang is[109]), het financiële belang van de verhuurder bij renovatie, een eventuele huurprijsverhoging voor de huurder, de mogelijkheid van een beschikbaar vervangend huurobject en de overige omstandigheden van het geval.[110] Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt tevens dat het belang van onderhuurder(s) onder omstandigheden minder zwaar kan meewegen.[111] De beslissing van de rechter wijst uit of de huurder de renovatie wel of niet zal moeten gedogen. De rechter zal derhalve op dat moment op grond van artikel 7:220 lid 2 BW geen beslissing behoeven te nemen over een eventuele aanpassing van de huurovereenkomst, omdat dit onderwerp niet in dit artikel 7:220 BW geregeld is.

De wetgever heeft in artikel 7:220 lid 3 BW een speciale regel opgenomen voor de door de verhuurder beoogde renovatie van een complex objecten. Krachtens artikel 7:220 lid 3 BW wordt een complex gedefinieerd als tien of meer woningen of bedrijfsruimten die tezamen een bouwkundige eenheid vormen. Indien sprake is van een complex, biedt de wetgever de verhuurder de helpende hand door de redelijkheidstoets te verlichten. Het renovatievoorstel als bedoeld in artikel 7:220 lid 2 BW wordt namelijk vermoed redelijk te zijn indien meer dan 70% van de huurders met het voorstel hebben ingestemd. Aldus wordt de vraag wat wel of niet redelijk is in eerste instantie bepaald door het percentage voorstemmers. Overigens is dit percentage blijkens de Parlementaire Geschiedenis volstrekt willekeurig. De achterliggende strekking hiervan is wel dat indien een meerderheid van de huurders met het renovatieplan instemmen het onredelijk is dat een minderheid de renovatie kan verhinderen of vertragen. Zodra vaststaat dat er een meerderheid van ten minste 70% bestaat die zich kan verenigen met het renovatieplan, dan moet de verhuurder dit schriftelijk berichten aan de huurders die

108 Deze redelijkheidstoets (bij complexgewijze renovatie) lijkt daarmee, onder verwijzing naar HR 16 mei 1986, 779 ('naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar'), een uitdrukkelijk strenger criterium dan onder het oude huurrecht gehanteerd werd en voortvloeide uit HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 363 ('in strijd met de redelijkheid en billijkheid'), omdat naar het als eerste vermelde arrest in Kamerstukken II 1997/1998, 26 089, nr. 3, p. 31 expliciet wordt verwezen.

109 Rb. Amsterdam 9 oktober 2002,*WR* 2003, 21.

110 Deze elementen zijn grotendeels ontleend aan de in analogie toepasselijke uitspraak van de Hoge Raad van 4 januari 1985, *NJ* 1985, 789.

111 Kamerstukken 2001/2002, (o.a.) 26 089, nr. 162, p. 17.

behoren tot de minderheid. Elke individuele huurder heeft vervolgens acht weken na ontvangst van de schriftelijke kennisgeving de gelegenheid naar de rechter te stappen en een beslissing te vorderen over de redelijkheid van het renovatievoorstel van de verhuurder (art. 7:220 lid 3 BW). De rechter is in dat geval bij zijn toetsing over de redelijkheid van het renovatieplan gebonden aan het wettelijke vermoeden dat het renovatievoorstel redelijk is omdat reeds ten minste 70% van de huurders van het complex ermee hebben ingestemd.

Indien de stellingen van de huurder(s) niet ertoe leiden dat de rechter afwijkt van het wettelijke vermoeden dat het voorstel redelijk is, en het renovatievoorstel door de rechter ook voor de weigerachtige huurders redelijk wordt geacht, is of zijn de betreffende huurder(s) niet van rechtswege gehouden de renovatie zoals omschreven in het initiële schriftelijke voorstel te gedogen. Uit de Parlementaire Geschiedenis[112] blijkt namelijk dat huurders dan de vrijheid behoren te hebben de huurovereenkomst zelf op te zeggen tegen de eerstmogelijke datum dan wel een tussentijdse vordering tot ontbinding in te stellen op grond van 'onvoorziene omstandigheden' (artikel 6:258 BW). Slechts de voorstemmers zijn in dat geval in beginsel definitief gebonden aan het initiële renovatievoorstel van de verhuurder. In het andere geval, dat wil zeggen indien de vordering van één dan wel meer huurders door de rechter toegewezen wordt, is het initiële renovatievoorstel, ondanks het wettelijke vermoeden van redelijkheid, niet redelijk voor de tegenstemmers. De voorstemmers blijven evenwel aan het renovatievoorstel gebonden[113] indien de verhuurder op dit punt geen voorbehoud heeft gemaakt.[114]
De verhuurder dient hiermee reeds bij zijn initiële schriftelijke voorstel (als bedoeld in art. 7:220 lid 2 BW) aan alle huurders rekening te houden door een duidelijk voorbehoud te maken dat ertoe strekt dat de voorgestelde renovatie c.q. aanvangsdatum ervan eerst definitief kan worden vastgesteld zodra komt vast te staan dat alle huurders de renovatiewerkzaamheden moeten gedogen. Het voorbehoud moet tevens de mogelijkheid bevatten dat de renovatie op basis van het schriftelijke voorstel in het geheel niet doorgaat in het geval de rechter één of meer tegenstribbelende huurders in het gelijk heeft gesteld door het renovatievoorstel voor hen onredelijk te achten.

Het belang van een dergelijk voorbehoud is groot. Immers, indien en voorzover met de huurders die op basis van het initiële renovatievoorstel hebben ingestemd met de renovatie reeds wilsovereenstemming is ontstaan over bijvoorbeeld de aanvang van de renovatiewerkzaamheden en deze huurders daarmee rekening hebben gehouden door bijvoorbeeld voor vervangende (bedrijfs)huisvesting te hebben gezorgd, is het aannemelijk dat zij jegens de verhuurder aanspraak maken op het aanvangen van de renovatiewerkzaamheden op de afgesproken datum. De verhuurder kan in dat geval in een benarde positie komen te verkeren indien de rechter op dat moment nog moet

112 Kamerstukken II 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 23.
113 Kamerstukken II 2000/2001, (o.a.) nr. 26 089, nr. 19, p. 27.
114 Zie over de voorwaardelijke verbintenis i.h.a: Asser 4-I (Verbintenissenrecht), 2004, p. 120 e.v.

beslissen over de gedoogplicht van de laatste tegenstribbelende huurder of huurders, dan wel reeds in het voordeel van de huurder of huurders beslist, waarna de verhuurder zich jegens de huurders die aanvankelijk hebben ingestemd met de renovatie, zich niet meer eenvoudig kan bevrijden van zijn verplichting jegens hen op een bepaalde datum een aanvang te maken met de renovatie. De verhuurder kan dit risico door middel van een voorbehoud beperken of zelfs geheel uitsluiten. Het voorbehoud kan (in algemene termen) in het initiële voorstel worden gemaakt. Raadzaam is evenwel een dergelijk beding reeds op te nemen in de huurovereenkomst en/of de bijbehorende algemene voorwaarden.

Anderzijds is het aannemelijk dat de huurders die in beginsel willen instemmen met de renovatie, op hun beurt een voorbehoud maken dat erop neerkomt, dat eerst sprake kan zijn van definitieve instemming indien de gedoogplicht van álle huurders van het complex definitief komt vast te staan, al dan niet na een rechterlijk oordeel daaromtrent. Hierbij kunnen zij bepaaldelijk belang hebben in het kader van de planning van vervangende (bedrijfs)huisvesting. Een dergelijk voorbehoud aan de zijde van de huurders betekent dat strikt genomen geen sprake is van (onvoorwaardelijke) instemming als bedoeld in artikel 7:220 lid 2 BW. Hierdoor vervalt formeel het wettelijke vermoeden van de redelijkheid van het voorstel, zij het op een ondergeschikt punt, welke omstandigheid kan leiden tot een vrijelijker belangenafweging door de rechter, die zich niet gebonden acht aan een wettelijk vermoeden van de redelijkheid van het voorstel. Eveneens vervalt het wettelijke vermoeden indien een huurder de termijn van acht weken laat verlopen. Onduidelijk is of in het laatste geval een weerlegbaar vermoeden van de redelijkheid van het renovatievoorstel overblijft of dat de huurder, bijvoorbeeld in het kader van een procedure van de verhuurder teneinde tijdelijke ontruiming af te dwingen, alsnog het vermoeden van redelijkheid met vrucht ter discussie kan stellen. In elk geval zal dan sprake zijn van een open belangenafweging van de rechter, waarbij het aannemelijk is dat het financiële belang van de verhuurder zwaarder weegt naarmate de geplande aanvangsdatum van de renovatiewerkzaamheden naderbij komt en naargelang het aantal huurders dat reeds heeft ingestemd met het renovatievoorstel.

De wettelijke regeling van de complexgewijze renovatie geeft aldus door middel van het wettelijke vermoeden van de redelijkheid van het voorstel, indien ten minste 70% van de huurders ermee hebben ingestemd, de verhuurder in beginsel een sterkere positie met betrekking tot renovaties van complexen met ten minste tien objecten. Niet uitgesloten zijn evenwel complicaties als hierboven omschreven, waardoor de regeling niet meer dan een handvat is. Het feit dat de regeling van artikel 7:220 lid 2 en lid 3 niet van (semi-)dwingendrechtelijke aard is, leidt ertoe dat er in de huurovereenkomst dan wel de daarbij behorende algemene voorwaarden van kan worden afgeweken. Met name ingeval van woonruimte bij sociale verhuurders en gemeenten worden reeds jaren algemene voorwaarden gehanteerd waarin de huurders minder speelruimte krijgen toebedeeld dan in de wettelijke regeling van artikel 7:220 lid 2 en lid 3 BW. Dit versterkt de indruk dat de wetgever ook in het nieuwe huurrecht complicaties voorziet

en daarom met name bij complexgewijze renovaties niet meer dan een handvat heeft willen aanreiken. Zo ook bij bedrijfsruimte. Daarbij dient de verhuurder, zo blijkt uit het bovenstaande, met name onder de vigeur van het nieuwe huurrecht behoedzaam te werk te gaan. Het belang van een gedetailleerd renovatieplan is dan ook groot, waarbij overigens tevens een goede schaderegeling dient te worden opgenomen en uitdrukkelijk onderscheid wordt gemaakt tussen herstel van bestaande gebreken en het aanbrengen van wijzigingen en verbeteringen. Daarbij zij bovendien nog aangetekend dat specifiek voor het huurrecht bedrijfsruimte een criterium op basis van het percentage m²'s de voorkeur had verdiend boven het criterium op basis van het percentage huurders. Indien een groot winkel- of kantorencomplex wordt bezet door één grote huurder en een groot aantal veel kleinere huurders, kunnen deze kleine huurders ervoor zorgen dat de 70%-drempel wordt gehaald, terwijl die ene grote huurder, qua volume en omzet de grootste economisch belanghebbende, veroordeeld wordt tot een minderheidspositie. Dit laatste acht ik onredelijk. Ook hier doet zich de hand van de op woonruimte gefixeerde wetgever gevoelen, die de categorie bedrijfsruimte heeft veronachtzaamd.

5.4.5 De gedoogplicht van aanplakkingen en bezichtigingen

Artikel 7:223 BW legt vast wat niet in de oude wettelijke regeling bestond maar wat wel reeds in de meeste gangbare algemene voorwaarden bij huurovereenkomsten was opgenomen, namelijk de verplichting van de huurder om, in het geval de verhuurder het object wil verkopen of na afloop van de huur aan een ander dan de zittende huurder wil verhuren, kennisgevingen (aanplakbiljetten en borden) en bezichtigingen van gegadigden te gedogen. Volgens de Parlementaire Geschiedenis bestaat aan deze uitdrukkelijke wettelijke regel behoefte (ondanks de mogelijkheid via art. 6:248 BW de huurder tot gedogen te dwingen), vanwege art. 10 Gw. (eerbiediging levenssfeer) en art. 12 Gw. (verbod op binnentreden woning) daarbij kennelijk doelend op particuliere verhuur waarbij bovendien van de gelijkluidende standaardclausule geen sprake is. Artikel 7:223 BW is niet van (semi-)dwingend recht, zodat partijen in de huurovereenkomst en/of de daarbij behorende algemene voorwaarden vrijelijk van artikel 7:223 BW afwijkende afspraken kunnen maken. Met name bij bedrijfsruimte zal hiervan sprake zijn, omdat de bedrijfsmatige huurders een beroep op artt. 10 en 12 Gw. niet toekomt.

5.4.6 De meldingsplicht van gebreken

Artikel 7:222 BW bevat de verplichting van de huurder, zodra een gebrek aan het licht komt, zich een feitelijke stoornis voordoet of rechtsstoornis te verwachten is, hiervan onverwijld de huurder in kennis te stellen, zodat deze in de gelegenheid wordt gesteld daar het nodige tegen te doen. Men spreekt ook wel van de 'kikplicht'. Blijft de verhuurder met deze onverwijlde kennisgeving in gebreke, dan is deze zonder dat daartoe een ingebrekestelling vereist is, meteen in verzuim, gezien de aard van de meldingsplicht. Dit verzuim leidt, anders dan de Parlementaire Geschiedenis stelt, niet alleen tot

schadevergoeding, doch tevens tot een eventueel latere ingangsdatum van de huurvermindering (art. 7:207 lid 1 BW). Het is, zoals in paragraaf 5.4.3 reeds is aangeduid, raadzaam in de huurovereenkomst en/of de bijbehorende algemene voorwaarden op te nemen dat de (in beginsel vormvrije) meldingsplicht schriftelijk moet geschieden in de vorm van een 'met een bericht van ontvangst' verzonden brief.

5.4.7 Het zich onthouden van onderverhuur bij redelijke bezwaren van de verhuurder

Onderverhuur was in het oude huurrecht krachtens art. 7A:1595 BW (van aanvullend recht) verboden. Dit verbod met uitzonderingen is veranderd in een bevoegdheid onder voorwaarden. Artikel 7:221 BW biedt de huurder in beginsel de mogelijkheid het gehuurde object (of een gedeelte daarvan) onder te verhuren (met tegenprestatie) of (zonder tegenprestatie) aan een ander in gebruik te geven. Het artikel spreekt van 'in gebruik geven', onder welke term uitdrukkelijk beide varianten vallen: zowel het basistype (onderverhuur als ingebruikgeving om baat) als bijvoorbeeld ingebruikgeving of inbrenging van de huurrechten in een vennootschap (om niet). In de praktijk spreekt men overigens in beide gevallen onverkort van 'onderverhuur', welke vlag de lading strikt genomen slechts gedeeltelijk dekt. 'Afstand van huur' is uitdrukkelijk iets anders[115] en valt niet onder artikel 7:221 BW maar onder artikel 6:159 BW. Afstand van huur is namelijk contractsoverdracht aan een derde waarbij de medewerking van de verhuurder is vereist.[116] De eerste huurder maakt daarbij plaats voor een opvolgende huurder die de huurovereenkomst met de verhuurder voortzet. Op een dergelijke situatie ziet artikel 7:221 BW niet.

Alleen indien de verhuurder redelijke bezwaren heeft en deze bezwaren voor de huurder voorzienbaar, dat wil zeggen te verwachten zijn, is onderverhuur of ingebruikgeving aan derden verboden. In een dergelijk geval kan de verhuurder jegens de hoofdhuurder (krachtens artikel 7:213 en artikel 7:214 BW) nakoming annex ontruiming door de onderhuurder en schadevergoeding vorderen of (krachtens artikel 7:231 BW, zie paragraaf 9.3) huurontbinding annex ontruiming van beiden wegens wanprestatie van de hoofdhuurder (alsook schadevergoeding jegens laatstgenoemde). De stelplicht en bewijslast rusten in deze gevallen uiteraard op de (hoofd)verhuurder, waarbij tevens de proportionaliteit een rol speelt (in het kader van art. 6:265 lid 1).[117] Is sprake van korte of langdurige onderverhuur? Is het object geheel of gedeeltelijk onderverhuurd? Verschillen de bestemming en feitelijke gebruik in de hoofdhuurrelatie met die in de onderhuurrelatie? Dergelijke omstandigheden worden meegewogen bij de beantwoording van de vraag of de ernst van de wanprestatie ontbinding

115 Kamerstukken II 1997/1998, 26 089, nr. 3, p. 32. Zie voor een algemene beschouwing over afstand: Asser 4-I (Verbintenissenrecht), 2004, p. 567 e.v., alsook: C. J. H. Brunner en G. T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, 1999, p. 247-250.

116 Zie voor een voorbeeld: Gerechtshof Amsterdam 30 mei 2002, *WR* 2002, 65.

117 Kamerstukken II 1997/1998, 26 089, nr. 3, p. 34.

rechtvaardigt. Ook misbruik van bevoegdheid (ex art. 3:13 BW) of gewekt vertrouwen (ex art. 3:35 BW) kunnen bij die afweging een rol spelen.[118]

Het feit dat in de huurovereenkomst geen verbod tot onderverhuur is opgenomen, heeft volgens de Parlementaire Geschiedenis in elk geval tot gevolg dat de huurder er in beginsel van uit mag gaan dat de verhuurder geen bezwaar tegen onderverhuur heeft.[119]

Overigens lijkt het voorshands, in algemene zin, onduidelijk of het bezwaar tegen de onderhuur als zodanig moet zijn gericht of tegen de persoon van de betreffende onderhuurder. Met name de grote beoordelingsvrijheid van de huurder, waarbij deze bovendien als primair belanghebbende niet ten volle objectiviteit kan worden toegeschreven, levert het acute risico voor de verhuurder op dat hem niet welgevallige personen als onderhuurders of gebruikers hun intrede in het gehuurde doen. Het is derhalve niet realistisch te veronderstellen dat deze door de wetgever beoogde preventieve toetsing in de praktijk zal werken.

Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt bovendien dat de wetgever ervan uitgaat dat de verhuurder in het algemeen geen zwaarwegend belang erbij heeft dat het verhuurde object ook daadwerkelijk door de huurder zelf wordt gebruikt en dat de huurovereenkomst ook doorgaans niet is aangegaan met het specifieke oog op de persoon van de huurder.[120] Deze achterliggende argumentatie van de wetgever bij artikel 7:221 BW is evenmin realistisch te noemen. De wetgever gaat voorbij aan de vele criteria aan welke aspirant-huurders moeten voldoen bij sociale verhuurders en gemeenten als het gaat om woonruimte. Deze criteria bestaan niet zonder reden, waarbij de inkomenscriteria mede ter bescherming van huurders zelf bestaan. Ook bij bedrijfsruimte kunnen de aard en omvang van het voorgenomen gebruik alsook de financiële omstandigheden van de aspirant-huurder een cruciale rol spelen bij de vraag of de verhuurder kan instemmen met een bepaalde huurder. Het is dan ook aannemelijk dat de verhuurder onder bepaalde omstandigheden zeggenschap wil hebben over degene die het object feitelijk gebruikt,[121] hetgeen een in de praktijk een op de persoon gericht belang kan zijn. Het is dan ook niet zonder reden dat in alle standaard-algemene voorwaarden en in veel huurovereenkomsten van bedrijfsruimte een uitdrukkelijk verbod tot onderverhuur en ingebruikgeving aan derden is opgenomen. De wetgever lijkt hieraan voorbij te zijn gegaan. Daarbij zij aangetekend dat een algeheel onderverhuurverbod onder bepaalde omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn en om deze reden buiten toepassing behoort te blijven. Bijvoorbeeld bij in omvang of tijd beperkte onderverhuur waarbij de belangen van de

118 HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 743.
119 Kamerstukken II, 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 25.
120 Kamerstukken II 1997/1998, 26 089, nr. 3, p. 32.
121 HR 22 juni 1984, *NJ* 1984, 766.

verhuurder niet wezenlijk worden geschaad. Er worden daarbij wel zware eisen gesteld aan de stelplicht en bewijslast van de huurder.

Aldus lijkt het alleszins redelijk dat een verhuurder in bepaalde gevallen enige zekerheid wil hebben omtrent de identiteit van de huurder en de overige (financiële) omstandigheden waarin deze verkeert. Voorbeelden uit de Parlementaire Geschiedenis[122] zijn: een kostbaar en speciaal op de persoon van de huurder toegesneden pand, ingebruikgeving aan een gezelschap drugsverslaafden of aan een instelling met een voor de verhuurder kwetsende doelstelling. Daarnaast kan men denken aan ingebruikgeving waardoor een verhoogd risico voor schade optreedt of welke schadelijk is voor de reputatie van de gehuurde locatie. Men dient zich in de praktijk bovendien te realiseren dat artikel 7:221 BW eveneens geldt in een zgn. 'onderonderhuurverhouding' in de horecabranche, waarbij de feitelijke exploitatie sterk afhankelijk is van de betrokken persoon. Indien bijvoorbeeld een cafébedrijf als (onder)huurder van een brouwerij op haar beurt als hoofdonderhuurder/onderonderverhuurder een huurrelatie met een onderonderhuurder wil aangaan, bestaat het risico dat een overeengekomen bestemming of een afnamebeding in de eerste onderhuurrelatie wordt geschonden in de tweede. Het belang van een voortzetting van de in de onderhuurrelatie overeengekomen bestemming is groot, want dit bepaalt mede de (verkoop)waarde van het pand. Het financiële belang van het afnamebeding is doorgaans groot en dienovereenkomstig is het belang van de brouwerij daarover controle te behouden. Ook dit vereist een zorgvuldige afstemming in de huurovereenkomst(en). Een en ander zal steeds in nauw overleg moeten geschieden met de persoon die de feitelijke exploitatie voert.

Bovendien bestaat een andere wettelijke voorziening die de door de primaire huurder gewenste flexibiliteit waarborgt. Bij bedrijfsruimte kan namelijk een via de rechter gevorderde indeplaatsstelling (art. 7:308 BW) uitkomst bieden in het geval van een huurder die in het kader van een bedrijfsoverdracht een ander in zijn of haar plaats wil doen stellen. Bij een weigerachtige verhuurder bestaan in de procedure ten behoeve van de verhuurder toetsingscriteria waaraan de aspirant-huurder moet voldoen. Deze criteria vormen een waarborg voor de verhuurder. Het kan dan ook zowel bij bedrijfsruimte als bij woonruimte, in tegenstelling tot hetgeen uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt, om meerdere redenen niet zo zijn dat verhuurders in de regel niet met het oog op de persoon van de huurder een huurovereenkomst aangaan.

Artikel 7:221 wijst uit dat de huurder bij diens beslissing over het al of niet aangaan van een specifieke huurovereenkomst, in zijn afweging of de door hem voorgestane nieuwe gebruiker voor de verhuurder wel of niet aanvaardbaar zal zijn, moet anticiperen op het oordeel van de verhuurder over al of niet bestaande redelijk bezwaren. Naast het feit dat, zoals hierboven gesteld, deze subjectieve beoordeling aan de zijde van de belanghebbende een voor de verhuurder nauwelijks te controleren risico betekent, levert

122 Kamerstukken II 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 25.

dit ook voor de huurder een risico op. Blijkt de inschatting van de huurder over het (niet bestaan) van de redelijke bezwaren bij de verhuurder onjuist, dan levert dit namelijk het risico van huurontbinding en/ of schadevergoeding wegens wanprestatie op.

Artikel 7:221 BW is bij bedrijfsruimte niet van (semi-)dwingend recht maar van regelend recht, zodat partijen de vrijheid hebben in de huurovereenkomst en/of in de daarbij behorende algemene voorwaarden van artikel 7:221 BW afwijkende afspraken te maken, hetgeen om zeer wel begrijpelijke redenen in de praktijk veelal gebeurt. Bij onderhuur van bedrijfsruimte ligt derhalve gedurende de looptijd daarvan het accent op het belang van goede partij-afspraken. De complicaties die kunnen spelen bij het einde van de onderhuur hebben specifiek betrekking op artikel 7:306 BW en worden behandeld in de paragrafen 6.3.3 en 7.7.1.

5.4.8 De opleveringsplicht aan het einde van de huur

Artikel 7:224 BW en artikel 7:225 BW regelen de gang van zaken rond de oplevering op het moment dat de huurovereenkomst tot een einde komt. Het voorschrift van artikel 7:224 lid 1 BW is niet verrassend:[123] de huurder is verplicht het gehuurde bij het einde van de huur weer ter beschikking te stellen van de verhuurder. Vereist is dat het moment waarop de huurovereenkomst is of zal zijn beëindigd vast staat. Dit kan een probleem opleveren indien aan meerdere partijen is verhuurd en één van hen de huur voortzet.[124] Komt de huurder bij oplevering zijn (deel) verplichtingen niet na, en is de huurder terzake aansprakelijk (het laatste is niet per definitie het geval[125]), dan schrijft artikel 7:225 BW voor dat de verhuurder aanspraak kan maken op gederfde huurinkomsten en daarnaast op aanvullende schadevergoeding voorzover de door de verhuurder geleden schade de gederfde huurinkomsten overtreft. Dit zijn de hoofdlijnen. Van belang is evenwel dat bij bedrijfsruimte de artikelen 7:224 en 7:225 BW van regelend recht zijn. In de huurovereenkomst en/of de bijbehorende algemene voorwaarden kunnen derhalve geheel andersluidende afspraken worden opgenomen. Niettemin is van belang kennis te nemen van de strekking van de wet aangaande de oplevering in algemene zin, al was het maar om aan de hand daarvan de inhoud van de huurovereenkomst en/of de algemene voorwaarden precies af te stemmen.

Nadere aandacht verdient *de staat* waarin het gehuurde aan het einde van de huur weer ter beschikking moet worden gesteld aan de verhuurder. Dit onderwerp is in de wet geregeld in de aansprakelijkheden van de huurder jegens de verhuurder in algemene zin, waarvan de staat van oplevering aan het einde van de huur er één is.

---

123 Zij het dat deze verplichting in de tot 1 augustus 2003 geldende wetgeving (uit 1838) niet uitdrukkelijk bestond.

124 HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 75. Deze uitspraak getuigt van een andere bewijsproblematiek dan die met betrekking tot art. 7:224 lid 2 BW, doch is niettemin interessant.

125 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 69.

Kleine herstellingen
Uit artikel 7:217 BW vloeit voort dat de huurder kleine herstellingen moet verrichten die voor diens risico komen. Deze verplichting van de huurder bestaat gedurende de gehele looptijd van de huurovereenkomst en dus tevens tot en met de dag van de ontruiming (zie paragraaf 5.3.2). Deze regel speelt dus strikt genomen niet alleen tussentijds doch ook bij de oplevering een rol.

Geoorloofde veranderingen en toevoegingen
Artikel 7:216 lid 2 BW bevat de mogelijkheid van de aanwezigheid van geoorloofde veranderingen en toevoegingen (als bedoeld in artikel 7:215 BW). Artikel 7:215 en artikel 7:216 dienen in onderlinge samenhang te worden gelezen. Evident is dat de huurder geoorloofde toevoegingen en veranderingen niet behóéft te verwijderen bij ontruiming. Hij mág dat het uiteraard wel (krachtens lid 1 van artikel 7:216 BW).

Artikel 7:215 BW (voor bedrijfsruimte geheel van semi-dwingend recht) betreft enkele categorieën geoorloofde veranderingen en toevoegingen die bij oplevering aan het einde van de huur mogen achterblijven. Het betreft die waarvoor de verhuurder toestemming heeft gegeven krachtens lid 1 (eerste teksthelft), waarvoor de kantonrechter machtiging heeft verstrekt krachtens lid 4 en lid 5 en die zonder noemenswaardige kosten ongedaan kunnen worden gemaakt lid 1 (tweede teksthelft).

Het uitgangspunt van artikel 7:215 BW heeft een uitdrukkelijk preventief karakter: de huurder mag niets veranderen zonder toestemming van de verhuurder. Dit voorschrift is overigens in veel (standaard-) algemene voorwaarden opgenomen. De huurder behoeft geen toestemming te verzoeken indien veranderingen en toevoegingen 'zonder noemenswaardige kosten kunnen worden ongedaan gemaakt en verwijderd', bijvoorbeeld wanneer het gaat om buitenverlichting, gordijnrails en zonwering.[126] Omdat hierbij blijkens de Parlementaire Geschiedenis[127] het belang van de verhuurder vooropstaat, moet men dus denken aan voor de vérhuurder noemenswaardige kosten. Noemenswaardige kosten zijn volgens de Parlementaire Geschiedenis bijvoorbeeld die van het overschilderen van buitenmuren in de oorspronkelijke kleur.[128] De grens tussen wel- en niet-noemenswaardige kosten is evenwel voorshands niet duidelijk. Hoe het ook zij, artikel 7:215 BW lijkt zijn (preventieve) uitgangspunt voorbij te schieten. De vraag of in een concreet geval de kosten al of niet noemenswaardig zijn wordt namelijk doorgaans eerst gesteld bij oplevering, waarbij de verhuurder voor een voldongen feit wordt gesteld (de veranderingen zijn doorgaans reeds – veel – eerder gerealiseerd) en waarbij nog slechts de vraag welke huurcontractspartij de (eventuele) verwijderingskosten moet dragen, van belang is.

126 Kamerstukken I 1997/1998, 26 089, nr. 3, p. 24 geeft slechts een globaal beeld waaraan de wetgever hierbij dacht.
127 Kamerstukken I 2000/2001, (o.a.) 26 089, nr. 162, p. 43.
128 Kamerstukken II 1997/1998, 26 089, nr. 3, p. 24, waarin HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 779 wordt aangehaald.

De maatstaf krachtens welke de kantonrechter de hierboven bedoelde machtiging al of niet behoort te geven is voor wat bedrijfsruimte betreft opgenomen in lid 4. De machtiging behoort te worden verstrekt indien (1) de veranderingen noodzakelijk zijn voor een 'doelmatig gebruik', of indien deze het 'woongenot' (er behoort te staan: 'gebruiksgenot') verhogen en indien (2) geen zwaarwichtige bezwaren bij de verhuurder bestaan. Het tweede element dient te functioneren als een redelijkheid en billijkheidstoets. Bij het verstrekken van de machtiging kan de kantonrechter krachtens lid 5 (uiteraard niet ambtshalve doch slechts op vordering van de verhuurder) een voorwaarde of last opleggen. Daarbij is de mogelijkheid van het verhogen van de huurprijs krachtens datzelfde artikellid er slechts één. Een ander mogelijkheid is, onder verwijzing naar artikel 7:216 lid 2 BW, dat de kantonrechter als voorwaarde stelt dat de geoorloofde verandering of toevoeging bij ontruiming ongedaan moet worden gemaakt. Ook deze voorwaarde moet uitdrukkelijk door de verhuurder worden gevorderd. Indien de door de verhuurder beoogde titel op dit punt ook jegens eventuele opvolgende huurders dient te kunnen worden geëxecuteerd, moet deze bij het formuleren van het petitum daarmee rekening te houden. Voorts kan men denken aan een last krachtens welke de huurder aansprakelijk is voor onderhoud aangaande de verandering of toevoeging (zie artikel 7:204 BW).

Hierboven is reeds kort aangeduid het belang van artikel 7:216 lid 1 BW waarin het wegbreekrecht van de huurder (dat onder het oude huurrecht ook reeds bestond) is opgenomen. Krachtens dit recht is het de huurder tot ontruiming toegestaan door hem aangebrachte veranderingen en toevoegingen ongedaan te maken, 'mits het gehuurde daarbij in de toestand wordt gebracht die bij het einde van de huur redelijkerwijs in overeenstemming met de oorspronkelijke kan worden geacht'. Uit de Parlementaire Geschiedenis[129] blijkt dat de term 'redelijkerwijs' ziet op het aspect van de waardering van hetgeen nodig is de oorspronkelijke toestand met die ten tijde van ontruiming op één lijn te stellen, zoals kachels die door de jaren heen zijn vervangen door een CV-installatie. Niettegenstaande het wegbreekrecht[130] komt de huurder krachtens artikel 7:216 lid 3 BW (voor bedrijfsruimte van regelend recht) in beginsel een beroep op ongerechtvaardigde verrijking toe in samenhang met artikel 6:212 BW (eveneens van regelend recht). Een beroep van de huurder hierop ligt in de rede indien deze van het wegbreekrecht geen gebruik maakt en geoorloofde veranderingen en toevoegingen derhalve door hem in het gehuurde worden achtergelaten. Het is evenwel maar de vraag of en in hoeverre hiervan in de huurovereenkomst en/of de bijbehorende algemene voorwaarden is afgeweken.

Toerekenbare schade
Voorts betreffen de artikelen 7:218 BW en 7:224 lid 2 BW de aansprakelijkheid van de huurder uit hoofde van diens verplichtingen uit de huurovereenkomst voor aan

129 Kamerstukken II 1997/1998, nr. 3, p. 26.
130 Kamerstukken II 2000/2001, 26 089, nr. 3, p. 27.

deze toerekenbare schade, die (behoudens brandschade en behoudens schade aan de buitenzijde van de gehuurde onroerende zaak) krachtens wettelijk vermoeden is ontstaan door diens toedoen dan wel door toedoen van degenen die de huurder in het gehuurde heeft toegelaten (art. 7:219 BW). De regeling van artikel 7:218 BW en artikel 7:224 lid 2 BW beoogt met een helder toetsingscriterium duidelijkheid te scheppen over de staat waarin het gehuurde moet worden opgeleverd.[131]

Het is overigens curieus dat de wetgever het wettelijk vermoeden in verband met de oorzaak van dergelijke schade, gelijk als in het oude huurrecht, bij de huurder neerlegt, terwijl (op basis van het amendement-Van Gent, een kamerlid van Groen Links) de bewijslast aangaande de niet-correcte oplevering aan het einde van de huur, zoals hieronder wordt uiteengezet, uitdrukkelijk ten voordele van de huurder heeft gekeerd en bij de verhuurder heeft neergelegd.

De schadeberekening
De opleveringsschade dient volgens de wet (art. 6:97 BW) en krachtens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad[132] concreet te worden berekend[133] en niet door middel van de abstracte methode. Concrete schadeberekening betekent dat met alle omstandigheden aan de kant van de benadeelde rekening moet worden gehouden. Een abstract berekende schadevergoeding betekent dat het de rechter vrijstaat bij het begroten van de schade daarvan bepaalde omstandigheden aan de kant van de benadeelde te abstraheren.[134] Bij opleveringskwesties kan aldus door toepassing van de concrete schadeberekeningsmethode een rol spelen het feit dat weliswaar in eerst instantie door de verhuurder herstelschade is geleden die voor vergoeding door de huurder in aanmerking komt, doch dat een latere algehele renovatie van het (sterk verouderde en gedateerde) object een schadevergoedingsplicht uiteindelijk blokkeert omdat daaruit blijkt dat het daarvóór uitgevoerde herstel (waarvan de kosten op de ex-huurder worden verhaald) niet verantwoord was.[135] Overigens kunnen ook andere omstandigheden bij toepassing van de concrete methode een rol spelen, zoals een 'nieuw voor oud'-aftrek.[136]

---

131 Kamerstukken II 2000/2001 26 089, nr. 24 (toelichting op het amendement Van Gent).
132 HR 23 maart 1979, *NJ* 1979, 482; HR 10 juni 1988, *NJ* 1988, 965; HR 6 juni 1997, *NJ* 1997, 612 en HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 690 m. nt. ARB.
133 Voor een algemene beschouwing zie: Asser-Hartkamp 4-I, 2004, nr. 418 en A. R. Bloembergen en S. D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen*, deel 1, Monografieën Nieuw BW B-34, 2001, nrs. 36-38.
134 Deze methode is aanvaard in gevallen van zaaksbeschadiging, zaaksverlies of transactieschade na wanprestatie bij koop van zaken met een dagprijs, waarbij het slechts gaat om reparatieschade of marktprijsverschil. Zie HR 18 november 1937, *NJ* 1938, 269 in samenhang met de thans geldende artt. 7:63-38 BW.
135 HR 3 oktober 2003, *WR* 2003, 77 geeft daarvan een aardig voorbeeld, met daaraan voorafgaand een instructieve conclusie van A-G Huydecoper.
136 Zie voor een algemene beschouwing hierover: Asser-Hartkamp 4-1, 2004, nr. 415 alsook de conclusie van A-G Hartkamp vóór HR 1 juli 1993, *NJ* 1995, 43 (alinea 5 sub b).

Het belang van de opleveringsstaat
Is een beschrijving, bijvoorbeeld een opleveringsrapport of een inspectierapport bij aanvang van de huurovereenkomst opgesteld waarin tevens is vastgelegd dat veranderingen ten opzichte van de oorspronkelijke toestand ongedaan gemaakt moeten worden, dan is de huurder gehouden deze veranderingen ongedaan te maken, met uitzondering van geoorloofde veranderingen, aldus artikel 7:224 lid 2 BW. Is geen beschrijving van het gehuurde aanwezig, dan wordt de staat bij oplevering als de oorspronkelijke staat beschouwd en mag de huurder het gehuurde verlaten in de toestand waarin deze zich op dat moment bevond.

In de meeste gevallen ontbreekt evenwel een goede beschrijving van het gehuurde. In die situaties biedt artikel 7:218 lid 3 BW in samenhang met artikel 7:224 lid 2 BW de oplossing ter beantwoording van de vraag wie aansprakelijk voor de schade is. De tweede helft van de tekst van lid 3 van artikel 7:218 BW vestigt het wettelijk vermoeden dat de huurder de zaak, bij gebreke van een goede beschrijving, bij aanvang van de huur in onbeschadigde staat heeft ontvangen. Deze frase betekent in beginsel dat de huurder, ter ontsnapping aan het wettelijk vastgelegde vermoeden van aansprakelijkheid, het tegendeel moet bewijzen en daarom de bewijslast heeft, ware het niet dat de daaraan voorafgaande frase daarin verandering brengt. Het wettelijk vermoeden is in de betreffende eerste teksthelft van hetzelfde lid 3 krachteloos gemaakt omdat aldaar uitdrukkelijk gesteld wordt dat artikel 7:224 lid 2 BW *onverminderd* van toepassing is. Artikel 7:224 lid 2 BW heeft dus voorrang op de tweede teksthelft van art 7:218 lid 3 BW. Artikel 7:224 lid 2 BW houdt in dat zonder een beschrijving van het gehuurde bij aanvang van de huur, de huurder verondersteld wordt het gehuurde in de staat te hebben ontvangen zoals deze is bij het einde van de huurovereenkomst (met inbegrip van de vastgestelde schade) en dat het aan de verhuurder is om het tegendeel daarvan te bewijzen. Omdat artikel 7:224 lid 2 (slotzin) BW op deze wijze het risico van het ontbreken van een goede beschrijving van het gehuurde bij aanvang van de huur uitdrukkelijk bij de verhuurder legt, rust de bewijslast van het ontstaan van de schade uiteindelijk niet bij de huurder maar bij de verhuurder. Deze bewijsregeling gaat juist vanwege het woord 'onverminderd' in artikel 7:218 lid 3 BW vóór op de andersluidende bewijslast van artikel 7:218 BW. Aldus geldt primair de regel van artikel 7:224 lid 2 BW, hoewel de tweede teksthelft van artikel 7:218 lid 3 op het eerste oog anderszins doet vermoeden.

Deze regeling behoedt de huurder voor aansprakelijkheid voor schade die deze bij aanvang van de huur niet kon kennen. In een dergelijk geval kan het namelijk in redelijkheid niet van de huurder worden gevergd te moeten aantonen dat niet-kenbare schade reeds bij aanvang van de huur bestond, dit om aan aansprakelijkheid te ontkomen, bijvoorbeeld in het geval van historische en bij aanvang van de huur niet-kenbare bodemverontreiniging waarbij het niet redelijk is dat op de huurder een saneringsplicht rust aan het einde van de huur.[137] Om deze reden is de bewijslast ten opzichte van het oude huurrecht omgedraaid.

Het is dus in het nieuwe huurrecht aan de verhuurder om op basis van artikel 7:224 lid 2 BW het bewijs te leveren van schade (vallend binnen het bereik van artikel 7:218 lid 1 en lid 2 BW) die is ontstaan na aanvang van de huur in het geval een goede beschrijving van het gehuurde ontbreekt. Om deze reden is artikel 7:218 lid 3 BW krachteloos en komt geen zelfstandige betekenis toe naast artikel 7:224 lid 2 BW.

Retentierecht
De wettelijke opleveringsregeling en de daaruit voortvloeiende (deel)verplichtingen van de huurder verhinderen overigens niet dat de huurder onder bepaalde omstandigheden ontruiming en oplevering kan weigeren op grond van een hem toekomend retentierecht,[138] als bijzondere vorm van opschortingsrecht. Voorwaarde daarbij is echter een jegens de verhuurder *opeisbare* vordering, waarvan in de meeste gevallen geen sprake is.

5.5 Aansprakelijkheid van de huurder voor schade tijdens de huur

Schade- en aansprakelijkheidskwesties rijzen doorgaans aan het einde van de huur omdat in de meeste gevallen eerst op dat moment de verhuurder het gehuurde in ogenschouw neemt in het kader van de aanstaande oplevering van het gehuurde. Dit neemt evenwel niet weg dat dergelijke kwesties ook tijdens de huur kunnen ontstaan zonder dat sprake is van een huurbeëindiging en oplevering van het gehuurde, dan wel een inspectie in het kader daarvan. Niets staat eraan in de weg dat de verhuurder ook tijdens de huur feitelijk schade in het gehuurde kan vaststellen, waarbij de huurder zich vervolgens verweert door te stellen dat deze schade reeds bij aanvang zich in het gehuurde bevond. Bij huurovereenkomsten die reeds lang hebben geduurd en waarvan de staat van het gehuurde bij aanvang van de huur niet meer valt te achterhalen, wordt de vestiging van aansprakelijkheid dan een probleem voor de huurder, in tegenstelling tot de bedoeling van de wetgever. Immers, indien artikel 224 lid 2 BW niet ook zou gelden zonder dat sprake is van huurbeëindiging en oplevering, zou de huurder in bewijsnood komen te verkeren indien deze niet kan bewijzen dat de schade reeds bij aanvang van de huur aanwezig was (art. 7:218 lid 3 BW). De bewijsnood bij de huurder wordt dan groter naar gelang de huurovereenkomst heeft geduurd. De huurder loopt daarmee het risico op huurontbinding en gedwongen ontruiming wegens aan de huurder toe te rekenen schade aan het gehuurde. Dit kan eenvoudigweg niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest. Evenmin kan de bedoeling van de wetgever zijn geweest dat na gedwongen ontruiming als in het hierboven omschreven fictieve geval, de verhuurder de herstelkosten niet van de gewezen huurder kan vorderen omdat deze niet kan bewijzen dat de schade bij aanvang van de huur niet reeds aanwezig was (art. 7:224 lid 2 BW).[139]

---

137 C. L. J. M. de Waal, '*De huurovereenkomst als schonegrondverklaring*', *WR* 2001, 3, p. 65.
138 HR 4 april 1997, *NJ* 1997, 608.

Aldus kan worden vastgesteld dat het in overeenstemming is met de bedoeling van de wetgever dat niet alleen bij huurbeëindiging en ontruiming doch ook bij tussentijds door de verhuurder vastgestelde schade de artikelen 7:218 BW en 7:224 lid 2 BW (en de bijbehorende op de verhuurder rustende bewijslast) van toepassing zijn. In beide gevallen wordt de staat van het gehuurde met inbegrip van de schade vergeleken met de staat van het gehuurde bij aanvang van de huur. Is bij aanvang van de huur een goede beschrijving opgemaakt, dan is eenvoudig vast te stellen of de schade reeds bij aanvang van de huur aanwezig was dan wel nadien is ontstaan, en dient de aansprakelijkheid voor de vastgestelde schade te worden bepaald op basis van artikel 7:218 lid 1 en 2 BW. Artikel 7:219 BW betreft de aansprakelijkheid van de huurder voor al degenen die de huurder in het gehuurde heeft toegelaten en het dus met diens goedvinden gebruiken of zich er eenvoudigweg in (de wet spreekt van 'op') bevinden. De kring van derden is gezien de formulering van artikel 7:219 BW onbeperkt en daarmee is de reikwijdte van het artikel groot.

5.6 Rechtsvergelijking gebrekenregeling

5.6.1 België

De Belgische gebrekenregeling vertoont materieel sterke gelijkenissen met de Nederlandse evenknie van vóór 1 augustus 2003.[140] Verschil met Nederland is vooral dat deze regeling (ook voor woonruimte) niet van dwingend recht is.[141] In België bestaan verschillende regelingen die allen refereren aan 'het verschaffen van rustig genot', een term die in het oude Nederlandse huurrecht als algemeen begrip centraal stond.[142] Er bestaan in België drie op de leest van het 'rustig huurgenot'[143] geschoeide garantieverplichtingen[144] voor de verhuurder:[145]

1. het ter beschikking stellen van de zaak[146] (art. 1719 lid 1 BW),[147]

---

139 C. L. J. M. de Waal, '*Titel 7.4: In welke staat gehuurd? Hoe door een amendement de bewijslast omkeerde*', *WR* 2001, 8, p. 221.

140 Art. 7A:1584 BW lid 1: Huur en verhuur is eene overeenkomst, waarbij de eene partij zich verbindt om de andere het genot eener zaak te doen hebben, gedurende eenen bepaalden tijd en tegen eenen bepaalden prijs, welken de laatstgemelde aanneemt te betalen.

141 Cass. 11 december 1975, *Arr. Cass.* 1976, 452, *Pas*. 1976, I, 446 en *Rev. Not. b*. 1978, 80.

142 J. Billiet e.a., *XXVIste postuniversitaire cyclus Willy Delva 1999-2000, Overeenkomstenrecht*, Antwerpen: Kluwer 2000, p. 273; Y. Merchiers, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen: Kluwer 2000, p. 91.

143 De Nederlandse gebrekenregeling is onverkort gebaseerd op het genotsbegrip. Zie Kamerstukken I 2001/2002, (o.a.) 26 089, nr. 162, p. 12.

144 H. De Page, *Traite élémentaire de droit civil*. T.IV, Brussel, Bruylant, p. 595, nr. 584.

145 J. Billiet e.a., *a.w.*, Antwerpen: Kluwer 2000, p. 273; H. de Page, *Traité de droit civil belge, IV*, Brussel: Bruylant, 1972, p. 594-660; Y. Merchiers, *Les Baux. Le bail en général*, Brussel: Larcier, 1997, p. 166 e.v.

146 Krachtens deze speficieke bepaling behoeft het object zich niet in goede staat te bevinden. Zie: Y. Merchiers, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen: Kluwer, 2000, p. 119-120.

147 M. De La Haye en J. Van Kerckhove, o.c., p. 255, nr. 588.

2. het uitvoeren van onderhoud en noodzakelijke herstellingen[148] (art. 1719 lid 2 BW en 1720 BW) en
3. het waarborgen van het rustig genot (art 1721 BW).

Ad 2 (a): de onderhoudsplicht
Krachtens art 1719 sub 2 BW[149] dient de verhuurder het object in zodanige staat onderhouden dat het kan dienen tot het gebruik waartoe het verhuurd is, met andere woorden: de nodige herstellingen doen om het voor verhuur geschikt te houden.[150] De verplichting tot onderhoud is verschillend van die tot herstelling.[151] Onderhouden betekent: zodanig handelen dat de zaak altijd dienstig blijft voor het doel van de verhuring[152] (bijvoorbeeld art. 1756 BW: het leeghalen van afvoerputten).

Ad 2 (b): de herstelplicht
Krachtens art. 1720 sub 2 BW is de verhuurder verplicht alle herstellingen te doen die nodig mochten worden, behalve de herstellingen die ten laste van de huurder komen. Herstellen impliceert dat de zaak beschadigd is.[153] De verhuurder moet hiervan door de huurder op de hoogte worden gebracht (meldingsplicht). Het moet gaan om 'nodige herstellingen'. Dit dient ruim te worden opgevat, het gaat hier om alle werken die nodig zijn 'het volle genot' van de zaak te verzekeren. Een noodzakelijke herstelling strekt ertoe de huurder 'toe te laten normaal en volledig van het goed te genieten'[154]. De noodzakelijkheid wordt mede bepaald door de bestemming van het gehuurde goed, de stand der techniek[155] en met de eisen die men inzake het gebruikscomfort van het object mag verwachten.[156] Slechts indien de huurder dat verzoekt moeten herstellingen worden uitgevoerd. De verhuurder mag herstellingen niet uitvoeren tegen de wil van de huurder; dit kan slechts bij dringende herstellingen. De oorzaak voor de uitvoering van de herstellingswerken is niet van belang. De verplichting kan dus haar oorzaak vinden in het gebrek van vroeger onderhoud, ouderdom van het goed, normaal gebruik door de huurder of overmacht. Van een herstelplicht is geen sprake ingeval (1) van her-

148 Ook welke tijdens een vorige huur zijn ontstaan. Zie: H. de Page, *a.w.*, Brussel: Bruylant, 1972, p. 598; Y. Merchiers, *Les Baux. Le bail en général*, p. 167.
149 Art. 1719 lid 2 BW: 'De verhuurder is, uit de aard van het contract, en zonder dat daartoe enig bijzonder beding nodig is, verplicht: (…) Dat goed in zodanige staat te onderhouden dat het kan dienen tot het gebruik waartoe het verhuurd is.'; Art. 1720 BW: 'De verhuurder is verplicht het goed in alle opzichten in goede staat van onderhoud te leveren. Hij moet daartoe gedurende de huurtijd alle herstellingen doen, die nodig mochten worden, behalve de herstellingen ten laste van de huurder'
150 X. Vandenputte *Overzicht van het Burgerlijk Recht*, Gent, Mys & Breesch, p. 25 e.v.
151 Pauwels, p. 435.
152 J. Billiet e.a., *a.w.*, Antwerpen: Kluwer 2000, p. 274-275; Y. Merchiers, *Bijzondere overeenkomsten*, p. 121.
153 Y. Merchiers, *Bijzondere overeenkomsten*, Kluwer.
154 Pauwels en Massart, p. 463.
155 M. De La Haye en J. Vankerckhove, o.c., p. 259, nr. 598.
156 M. Dambre, 'Over huurgenot en woningkwaliteit' *THRB* 2003, nr. 8, p. 143-151.

stellingen die veroorzaakt zijn[157] door de huurder (art. 1732 BW & art. 1735 BW),[158] (2) feitelijke stoornis door derden, (3) kleine herstellingen met uitzondering van kleine herstellingen veroorzaakt door ouderdom of overmacht. (art. 1754 BW), (4) algeheel vergaan (art. 1722 BW, omdat de verhuurder dan niet gehouden is tot wederopbouw.[159] (Gaat het object teniet door toeval, dan is de huurovereenkomst van rechtswege ontbonden; bij gedeeltelijk tenietgaan heeft de huurder de keuze huurprijsvermindering of ontbinding te vorderen),[160] (5) louter verfraaiingen op initiatief van de huurder en (6) aanpassingen als gevolg van nieuwe veiligheidsnormen.

Ad 3: de vrijwaringsplicht voor het rustig genot
De verhuurder heeft de verplichting het rustig genot te garanderen hetgeen de drievoudige verplichting impliceert kortweg inhoudende dat: (1) de verhuurder de huurder niet zelf mag storen (artt. 1723-1724 BW), (2) de verhuurder de huurder moet vrijwaren voor rechtsstoornis van derden. (De verhuurder is niet gehouden te vrijwaren voor feitelijke stoornis door derden.) en (3) de verhuurder de huurder moet vrijwaren voor niet-zichtbare gebreken ingevolge de artt.1719 lid 3 en 1721 BW. (Van zichtbare gebreken kan de huurder zich vergewissen bij het aangaan van de huurovereenkomst – art. 1721). Wat deze laatste deelverplichting betreft heeft de verhuurder een vrijwaringsplicht jegens de huurder voor alle gebreken die het gebruik daarvan verhinderen, ook al heeft verhuurder die bij het aangaan van de huur niet gekend. Indien door die gebreken enig verlies voor de huurder ontstaat, is de verhuurder verplicht hem daarvoor schadeloos te stellen.[161] De verhuurder wordt geacht de door hem verhuurde zaak te kennen. Hij moet dus instaan voor de gebreken waarmee die zaak behept zou kunnen zijn. Deze garantieplicht vloeit voort uit de contractuele verplichting tot vrijwaring van het rustig genot. Er is geen contractuele aansprakelijkheid voor de verhuurder indien het gebrek ontstaat door toeval of overmacht of te wijten is aan derden[162]. Aldus bestaat een verschil met de onderhouds- en herstellingsplicht van de verhuurder.[163] Het moet echter wel gaan om gebreken die hun oorzaak vinden in de zaak zelf. De verhuurder is slechts van zijn garantieplicht ontheven, indien het gebrek 'totaal onvoorzienbaar is';[164] een zware storm is niet totaal onvoorzienbaar, een tornado wel.

---

157 E. Dirix en A. van Oevelen (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen: Kluwer, 2003, p. 13.
158 J. Billiet e.a., *a.w.*, Antwerpen: Kluwer 2000, p. 1-33.
159 Y. Merchiers, *Le bail en général*, p. 175, nr 171.
160 Merchiers, p. 175.
161 J. Billiet e.a., *a.w.*, Antwerpen: Kluwer 2000, p. 276-277; Y. Merchiers, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen: Kluwer, 2000, p. 124
162 Cass. 1 februari 1974, Arr. Cass. 1974, 599.
163 Dambre, p. 149.
164 Pauwels, p 439.

Het begrip 'gebrek'
In de wet ontbreekt een definitie van het begrip 'gebrek'. In de literatuur wordt de volgende (ruime) definitie gegeven:

> Een 'gebrek' is gelijk welke onvolmaaktheid die het onmogelijk maakt de zaak te gebruiken voor haar normale bestemming, of die het gebruik ervan bemoeilijkt of vermindert, met andere woorden, iedere onvolmaaktheid die tot gevolg heeft dat de huurder het normaal en totaal genot van het goed verliest, zoals hij daar recht op zou hebben volgens de aard van het goed, de plaatselijke gebruiken en de toestand van het goed[165].

Voorbeelden van gebreken uit de Belgische jurisprudentie en literatuur zijn onder andere bovenmatige vochtigheid, infiltratie van regenwater, het onder water lopen van de kelder bij zware regenval, veroorzaakt door verstopping van een afvoer door een dode duif in een gedeelte van het object dat niet aan de huurder wordt verhuurd, de aanwezigheid van ongedierte, geurhinder e.d.[166] Overeenkomstig het gebreksbegrip in Nederland is een gebrek in België 'elk nadeel' dat uit de zaak zelf voortkomt, waardoor deze ongeschikt wordt tot het door de huurovereenkomst beoogde gebruik, of het gebruik zodanig belemmert dat de huurder niet of althans tegen een mindere prijs zou gehuurd hebben, had hij het nadeel gekend.[167] De oorzaak van dit gebrek doet niet terzake.[168] De verhuurder moet voor de afwezigheid daarvan instaan ongeacht of het gebrek bestond voor de huur, het gebrek tijdens de huur is ingetreden, het gebrek niet aan de huurder te wijten is, of dat de verhuurder het gebrek niet kende.

De vrijwaring dekt slechts de verborgen gebreken en niet de gebreken die de huurder kon vaststellen alvorens hij de huurovereenkomst aanging.[169] Voor gebreken die bij de totstandkoming van de huurovereenkomst duidelijk zichtbaar waren en de huurder zich ervan rekenschap had kunnen en moeten geven, is de verhuurder ontslagen van zijn vrijwaringsplicht.[170] Het verschil tussen de vrijwaringsplicht en de onderhouds- en herstellingsplicht bestaat blijkens de jurisprudentie en literatuur uit het feit dat de verhuurder geen aansprakelijkheid oploopt indien een gebrek ontstaat door toeval[171] of overmacht of is te wijten aan derden,[172] terwijl de verhuurder wel aansprakelijk is voor het herstel van genotsbeperkende schade aan het gehuurde, veroorzaakt door toeval, overmacht of onbekende derden. Ik acht deze formulering misleidend. Er is geen scherp onderscheid tussen beide verhuurdersplichten. De omschrijving van 'gebrek'

---

165 H. De Page, *Traite elementaire de droit civil*, T.IV, Brussel, Bruylant, nr. 622.A.
166 Billiet e.a., p. 276-277.
167 Billiet e.a., p. 276; Y. Merchiers, *Bijzondere overeenkomsten*, p. 128.
168 Y. Merchiers, *Les Baux. Le bail en général*, p. 189.
169 Cass. 4 februari 1960, Arr. Cass. 1960, 507; *Pas*. 1960, I, 631; *R.W.* 1960-61,990.
170 Cass. 4 februari 1960, Arr. Cass 1960, 507, Pas. 1960, I, 631.
171 Cass. 1 februari 1974, Arr. Cass. 1974, 599, noot; *Pas*. 1974, I, 574; *R.W.* 1973-74, 1767.
172 Y. Merchiers, *Les Baux. Le bail en général*, p. 190.

bevat geen verwijzing naar een oorzaak en die is derhalve ook niet relevant. Beide verplichtingen lopen in elkaar over en vullen elkaar aan. In het begrip 'genot' zijn de gehuurde zaak en de huurder immers nauw met elkaar verbonden. Een pragmatischer en dus nuttiger onderscheid zou kunnen worden gemaakt in het feit dat de vrijwaringsplicht van de verhuurder ziet op de zaak zelf, en dat de onderhouds- en herstellingsplicht ziet op de omstandigheden. Beide elementen zijn elkaar aanvullende uitdrukkingen van het principe dat de verhuurder het volledig en rustig huurgenot aan de huurder dient te verschaffen.

Als spiegelbeeld van de hierboven geïnventariseerde verplichtingen van de verhuurder wordt de Belgische huurder de onderstaande acties toebedeeld:
1. nakoming vorderen: 'dwanguitvoering in natura' (art. 1144 BW).
2. machtiging tot zelfherstel verzoeken (op kosten van de verhuurder).
3. zelfherstel zonder rechterlijke machtiging, indien ingebrekestelling nutteloos zal zijn, dit teneinde de schade te beperken.[173]
4. zelfherstel (zonder ingebrekestelling) bij dringende herstellingswerken indien verhuurder niet bereikt kan worden.[174]
5. ontbinding en schadevergoeding bij de vrederechter verzoeken (art. 1184 lid 2 en 1741 BW).
6. huurprijsvermindering vorderen in het kader van de 'gedwongen uitvoering bij equivalent'.[175]

Vaak kiezen huurders echter, in plaats van de gang naar de rechter, bij niet uitvoering van herstel door de huurder, de betaling van de huur op te schorten zolang de nodige werken niet worden uitgevoerd: de niet-uitvoeringsexceptie.[176] Anderen verrichten zelf herstel en brengen de kosten daarvan in mindering op de huurpenningen. De rechtspraak staat daar zeer kritisch tegenover.[177]

De verplichtingen van de huurder zijn drieledig: (1) het uitvoeren van 'kleine herstellingen' krachtens art. 1754 BW, (2) de zaak als 'goed huisvader' gebruiken (art. 1728 sub 1 BW) en krachtens art. 1724 BW dringende herstellingen van de verhuurder gedogen, welke niet langer dan 40 dagen mogen duren, op straffe van (pro rata) huurvermindering. Indien deze dringende herstellingen van dien aard zijn dat het object onbewoonbaar wordt, kan de huurder de huur doen ontbinden. Voor herstellingen die niet dringend zijn bestaat uiteraard geen gedoogplicht.[178] Als derde verplichting bestaat

173 Cass. 22 maart 1985, Arr Cass, 1985, 1011; R.C.J.B. 1989, 7, noot R. Kruithof.
174 H. De Page, *Traite elementaire de droit civil*. T.IV, Brussel, Bruylant , nr. 597; M. de la Haye en J, Vankerckhove, o.c. nr. 613; B. Louveaux, *le droit du bail. Regime general*. Bruxelles, 2002, p. 192, nr. 317 & 318.
175 Cass. 11 december 1952, Arr. Cass. 1953, 218; Pas. 1953, I, 244.
176 Dambre, p. 146.
177 Pauwels, p. 324.
178 Pauwels, p. 331.

(ook in België) de 'verwittigingsplicht': de huurder dient eventueel achterstallig onderhoud en gebreken aan de verhuurder te melden.[179] Deze melding houdt tevens een ingebrekestelling in. De verhuurder kan het schenden van deze verplichting echter de huurder niet tegenwerpen indien hij zelf op de hoogte is of had moeten zijn.[180] Wel verliest de huurder dan zijn recht op schadevergoeding en kan hij soms zelf schadeplichtig jegens de verhuurder worden.[181]

Conclusie
Zowel in België als in Nederland dient de verhuurder het volledig en rustig huurgenot aan de huurder te verschaffen. Het genot en de huurder staan in beide gebrekenregelingen centraal; de zaak is slechts middel tot het verschaffen van het genot aan de huurder. Een gebrek is vanuit de aard van het meer algemene begrip huur dan ook elke genotsbeperkende omstandigheid welke niet aan de huurder is toe te rekenen. Dit onderliggende principe is in België meer helder uitgewerkt dan in Nederland. Vanuit het oogpunt van de huurderbescherming is een huurder met de commune gebrekenregeling van Nederland beter af. Dankzij meer (semi-)dwingende bepalingen en de objectieve toets is de huurder beter beschermd dan in België waar de gehele commune 'gebrekenregeling' van slechts aanvullende aard is.

5.6.2 Frankrijk

Zoals in paragraaf 3.4.3 al is vastgesteld is het Franse commune huurrecht, waaronder de gebrekenregeling, bijkans identiek aan het commune Belgische huurrecht c.q. de daarin besloten gebrekenregeling. Deze Belgische gebrekenregeling is hierboven uitgebreid behandeld en in dat opzicht biedt een Franse rechtsvergelijking niets nieuws.

Ronduit inspirerend is echter de in paragraaf 5.3.1 behandelde beperkte uithoorplicht (in de Franse jurisprudentie ontwikkeld), waarvan de toepasselijkheid in een concreet geval ertoe kan leiden dat verhuurder en huurder van bedrijfsruimte op het moment van contractsvorming naar behoren kunnen voldoen aan hun respectievelijke mededelings- en onderzoeksplicht. Met name bij immateriële gebreken kan van de verhuurder worden verwacht het initiatief te nemen en de huurder uit te horen omtrent diens specifieke wensen en voornemens met betrekking tot het gebruik van het object. Hij is immers doorgaans het meest bekend met het object. Het is een gemiste kans dat dit leerstuk in Nederland niet of nauwelijks is ontwikkeld. Met name in het geval van immateriële gebreken bij bedrijfsruimte kan de beperkte uithoorplicht zoals o.a. in Frankrijk tot inspiratie dienen voor een verbeterde gebrekenregeling in Nederland.

179 Burg, Luik, 4 september 1990, J.L.M.B., 1991, 1279.
180 Y. Merchiers, *Le bail en general*, p. 191, nr. 214.
181 Pauwels, p. 334.

5.6.3 Zwitserland

Verplichtingen van de verhuurder
In Zwitserland is de regeling met betrekking tot gebreken ('Mangel') (aangaande woonruimte en bedrijfsruimte) opgenomen in de artt. 258 en 259 CO[182]. Art. 258 CO legt (in lid 1) vast dat indien de verhuurder een zaak niet op het overeengekomen tijdstip of met gebreken overdraagt, welke gebreken de geschiktheid voor het veronderstelde gebruik uitsluiten of aanzienlijk verminderen, de huurder op grond van het commune artikel 107-109 CO ontbinding van de overeenkomst vorderen.[183] Lid 2 stelt, daarop aansluitend, dat indien de huurder, ondanks het bestaan van het gebrek, de zaak accepteert doch volhardt in behoorlijke nakoming van de huurovereenkomst, hij slechts die aanspraak geldend kan maken die hij bij het ontstaan van een gebrek tijdens de huurperiode had kunnen maken (krachtens art. 259a – 259i). Daarenboven kan de huurder de verhuurder krachtens lid 3 van art. 258 CO ook op grond van artikel 259a – 259i de verhuurder aanspreken indien de zaak ten tijde van de overdracht gebreken had die de geschiktheid van het veronderstelde gebruik weliswaar verminderen, maar niet uitsluiten of aanzienlijk verminderen en die de huurder gedurende de huurperiode op eigen kosten moet verhelpen (overeenkomstig art. 259[184]).
Uit het eerste lid van art. 258 blijkt dat indien sprake is van een gebrek op het moment van ingebruikneming[185] van het object, de huurder (algehele) ontbinding kan vorderen (in rechte). Het tweede lid beperkt deze mogelijkheid in het geval de huurder gebreken heeft geaccepteerd. De aansprakelijkheid van de verhuurder dan wel de dienovereenkomstige rechten van de huurder wordt resp. worden uitgewerkt c.q. begrensd door de artt. 259a–259i CO.[186]

Zo biedt art. 259a CO de huurder het recht vorderen dat de verhuurder (a) het gebrek herstelt, (b) de huur 'enigszins' verlaagt, (c) schadevergoeding betaalt, (d) een derde (feitelijk veroorzaker van het gebrek) aansprakelijk stelt, dan wel (e) huurbetaling opschort. Aldus blijkt reeds op grond van dit artikel een scala van rechten te bestaan dat sterke gelijkenis vertoont met de overeenkomstige regeling in Nederland. Daarenboven stelt art. 259b CO dat de huurder, ingeval de verhuurder niet binnen 'passende termijn' tot herstel overgaat, de huurovereenkomst tussentijds (geheel) kan ontbinden dan wel zelf tot herstel kan overgaan in het geval het gebrek de bruikbaarheid van de zaak ook maar enigszins vermindert.[187] Dit laatste is – uiteraard – niet van toepassing

182 P. Gauch & P. Higi, *Obligationenrecht, Teilband V2b, Die Miete, Erste Lieferung*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verslag, 1994, p. 370.
183 Gauch/Higi, p. 382.
184 De huurder dient een gebrek, dat door kleine, voor het normale onderhoud bevorderlijke reinigingen of reparaties verholpen kan worden, naar gewoonterecht zelf en op eigen kosten verhelpen.
185 Gauch/Higi, p. 392.
186 J. Kren Kostkiewitcz, *OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, Orell Füssli Verlag AG, p. 256-263.

indien de verhuurder (vide art. 259c CO) de gebrekkige zaak wél binnen een behoorlijke tijd herstelt. Voorts legt art. 259d CO vast dat indien de geschiktheid voor het veronderstelde gebruik van de zaak wordt uitgesloten of aanzienlijk wordt verminderd, de huurder van de verhuurder verlaging van de huur kan vorderen vanaf het moment waarop het gebrek ter kennis van de verhuurder is gekomen, tot aan het moment van algeheel herstel.

Art. 259e CO bevat de schadevergoedingsplicht van de verhuurder: heeft de huurder vanwege het gebrek schade geleden, dan is de verhuurder jegens deze schadeplichtig, tenzij hij kan aantonen dat hij hieraan geen schuld heeft. Indien een derde een aanspraken te gelde maakt op de zaak die niet samengaan met het recht van de huurder, dient verhuurder ten behoeve van de huurder deze derde krachtens art. 259f CO 'te vervolgen' (overeenkomstig de Nederlandse vrijwaringsplicht krachtens art. 7:211).

Aangaande de termijn die de verhuurder moet worden vergund teneinde hem in staat te stellen het gebrek te herstellen stelt art 259g t/m i CO[188] dat deze periode door de huurder schriftelijk moet worden gemeld, zulks op straffe van het betalen van de huurpenningen aan een door de Kantonrechter aangestelde instantie. Deze 'bewaargeving' moet schriftelijk aan de verhuurder kenbaar gemaakt worden en de crux van deze regeling is vooral dat hiermee de huur als zijnde betaald dient te worden beschouwd. Aldus biedt het Zwitserse huurrecht een gereguleerde vorm van huuropschorting strekkende tot het vermijden van een ontbindings- en ontruimingsrisico in het geval van onoordeelkundige c.q. niet gerechtvaardige opschorting.

Samenvattend komt de hierboven weergegeven regeling erop neer dat de verhuurder aansprakelijk is voor gebreken indien de huurder hiervoor niet aansprakelijk is en de gebreken niet van zodanig geringe aard zijn dat deze naar alle redelijkheid door de huurder zelf verholpen dienen te worden. Daarnaast wordt van de verhuurder verwacht dat het gebrek binnen een behoorlijke termijn hersteld wordt. Indien verhuurder de gebreken niet verhelpt staan voor de huurder verdere mogelijkheden open: huurvermindering, schadevergoeding, opschorting (artikel 259a lid 2 OR) en zelfherstel (artikel 259b sub b OR). Daarmee is de regeling overeenkomstig de Nederlandse gebrekenregeling. Het derde lid van artikel 258 OR stelt een uitzondering op artikel 259 OR en 259b sub b OR: wanneer het gebrek van vóór de ingebruikneming stamt, is de verhuurder evenzeer voor kleine herstellingen aansprakelijk.

Verplichtingen van de huurder
In artikel 257h OR[189] wordt de gedoogplicht van de huurder ('Düldungspflicht') beschreven. Deze komt er in het kort op neer dat de huurder werkzaamheden aan de zaak

187 Gauch/Higi, p. 428.
188 Gauch/Higi, p. 501.
189 Gauch/Higi, p. 351.

dient te gedogen, indien dit voor het wegnemen van het gebrek of voor herstel of vermijding van schade noodzakelijk is. Daarenboven moet (vide lid 2) de huurder de verhuurder toestaan de zaak te inspecteren voor zover dit voor het onderhoud, de verkoop of verhuring noodzakelijk is waartegenover de verhuurder ingevolge lid 3 de huurder vooraf op de hoogte moet stellen van de werkzaamheden en bezichtigingen en bij de uitvoering rekening moet houden met diens belangen, dit onverminderd diens aanspraken op vermindering van de huurprijs (overeenkomstig artikel 259d CO) en schadevergoeding (krachtens artikel 259e CO).

De hier beschreven gedoogplicht, brengt met zich mee dat de huurder de mogelijkheid aan de verhuurder moet verschaffen de gebreken te herstellen. Deze bepaling brengt krachtens het derde lid geen beperking van de rechten van de huurder met zich mee die hij op grond van de eerder genoemde artikelen heeft verkregen. Deze bepaling is van dwingend recht[190].

Conclusie
Zowel in het geval van de verplichtingen van de verhuurder als in het geval van de verplichtingen van de huurder zijn de Nederlandse en Zwitserse wetgeving nagenoeg gelijk. Verschil is wel dat de Nederlandse regelgeving niet volledig van dwingend recht is; de Zwitserse regeling is dat wel.

5.7 Rechtsvergelijking onderhuur

5.7.1 België

Algemeen
De Belgische onderhuurovereenkomst is geregeld in het commune art. 1717 BW, krachtens welk artikel de huurder mag onderverhuren tenzij hem dit is ontzegd.[191] In België wordt onderhuur van bedrijfsruimte echter specifiek geregeld in de Handelshuurwet, waarvan de artt. 10 en 11 bepalen dat voor onderverhuur toestemming van de verhuurder is vereist.[192] Vooral omdat het voor de verhuurder belangrijk kan zijn welke persoon of onderneming als onderhuurder in het gehuurde komt, is voorafgaande toestemming het wettelijke uitgangspunt. [193] Meestal is sprake van een verbod in de huurovereenkomst.[194] Een verbodsclausule moet op een 'duidelijke en ondubbelzinnige wijze geformuleerd worden'.[195] Indien een verbodsbeding niet wordt nageleefd, levert dit voor de verhuurder een ontbindingsgrond op. Daarnaast kan de

190 Gauch/Higi, p. 353.
191 Pauwels, nr. A-IV-2-1.
192 Zie M. Dambre e.a. (red.), *Burgerlijk Wetboek*, Die Keure: Brugge, 2001, artikel 10 Handelshuurwet, p. 599.
193 Pauwels, nr. A-IV-2-13.
194 Pauwels, nr. A-IV-2-1.
195 Brussel, 10 april 1989, *Res. Jur. Imm.*, 1990, 93.

verhuurder schadevergoeding vorderen van de (hoofd)huurder, welke alsdan op zijn beurt wordt aangesproken door de onderhuurder.[196]

De onderhuurovereenkomst is een consensuele, vormvrije overeenkomst maar mag de duur van de hoofdhuurovereenkomst niet overschrijden. Indien de hoofdhuurder een onderhuurovereenkomst aangaat voor een langere termijn dan de hoofdhuurovereenkomst is hij schadeplichtig jegens de onderhuurder, in het geval de onderhuurovereenkomst tussentijds wordt beëindigd omdat de hoofdhuurder het gebruik van het gehuurde goed niet meer aan hem kan verschaffen.[197] Het is dan ook in het belang van alle partijen dat voorafgaand aan de onderverhuur een schriftelijk akkoord van de verhuurder is ingewonnen en geregistreerd wordt.

De Handelshuurwet is in geval van onderhuur van bedrijfsruimte, slechts van toepassing indien een onderverhuurverbod in de hoofdhuurovereenkomst is opgenomen.[198] In alle andere gevallen valt ook de 'Handelsonderverhuur' onder de algemene bepalingen omtrent onderhuur. De achtergrond van voormelde ontsnappingsmogelijkheid is om de onderverhuring bij bedrijfsruimte te vereenvoudigen.

Artikel 10 Handelshuurwet maakt een inbreuk op het vereiste van toestemming van de verhuurder voor de onderhuur, met betrekking tot bedrijfsruimte. Zelfs indien er een contractueel onderverhuurverbod geldt en er niet alsnog geen toestemming door de verhuurder wordt gegeven, kan er onder een aantal voorwaarden toch onderhuur worden overeengekomen:[199]

1. de duur van de hoofdhuur en de onderhuur moeten identiek zijn;
2. in voorwaarden in de onderhuurrelatie moeten dezelfde zijn als in de hoofdhuurrelatie;
3. de onderhuur moet het gehele object betreffen;
4. verzet van de hoofdverhuurder tegen de onderverhuur moet ongegrond zijn verklaard;
5. er moet voldaan zijn aan vormvereisten';
6. de onderhuurder moet het object gebruiken conform de bestemming in de hoofdhuurovereenkomst.[200]

De gang van zaken bij onderverhuur

De aangeduide vormvereisten houden in dat de onderverhuurder aan de hoofdverhuurder tijdig (dat wil zeggen voorafgaand aan de onderverhuur) een schriftelijk voorstel (per aangetekende brief of deurwaardersexploit) tot onderverhuur dient te

196 Pauwels, nr. A-IV-2-15.
197 Vred. Anderlecht, 10 maart 1988, *T. Vred.,* 1990, 140 en bevestigd in Brussel, 19e kamer, 1 december, 1989, *J.T.*, 1993, 769, nr. 17.
198 Pauwels, nr. C-VI-1-1.
199 A. Verbeke (ed.), *Knelpunten huur,* Antwerpen: Intersentia, 2003, p. 106.
200 Pauwels, nr. C-VI-2-3.

doen indien onderverhuur contractueel is verboden. Wordt dit voorstel te laat gedaan, dan is het voorstel nietig.[201] Vanaf het moment van ontvangst bij de hoofdverhuurder kan de verhuurder zich verzetten tegen de beoogde onderverhuur; de verhuurder moet daartoe binnen 30 dagen een met redenen omkleed verzet kenbaar maken, per aangetekend schrijven of bij gerechtsdeurwaardersexploot.[202] Wanneer de verhuurder dit laatste nalaat, wordt de (beoogde) onderhuur rechtsgeldig. De reden dat de verhuurder zich zal willen verzetten, heeft vaak te maken met de persoon of de onderneming van de onderhuurder. De huurder die op wil komen tegen het verzet van de verhuurder moet dit, binnen 15 dagen na betekening van het verzet, doen.[203] Deze gang van zaken is identiek aan die in Frankrijk (zie hieronder).

Artikel 11 Handelshuurwet
In artikel 11 Handelshuurwet wordt bepaald dat indien de hoofdhuurovereenkomst een einde neemt, de onderhuurovereenkomst kan doorlopen indien voldaan is aan een aantal voorwaarden.[204] Immers, welbeschouwd eindigt de onderhuurovereenkomst op het moment dat de hoofdhuurovereenkomst eindigt en kan de hoofdhuurder aan de onderhuurder niet meer het gebruik van de zaak verschaffen. De onderverhuurder dient in dit geval de onderhuurder zelfs een schadevergoeding betalen.[205] De strekking van artikel 11 Handelshuurwet is de bescherming van de onderhuurder.[206]

5.7.2 Frankrijk

De wettelijke regeling
In het commune artikel 1717 van de Franse Code Civil is vastgelegd dat de 'preneur' (huurder) bevoegd is onder te verhuren, welk artikel in grote lijnen overeenstemt met art. 221 BW, doch in artikel L. 145-31 van de Code de Commerce[207] staat echter een aan artikel 1717 CC derogerende bepaling die bepaalt dat zonder (uitdrukkelijke) toestemming van de verhuurder niet onderverhuurd mag worden.[208] De positie van de Franse onderhuurder van bedrijfsruimte is derhalve zwakker dan die van de Nederlandse onderhuurder van deze categorie. Het recht van de verhuurder om onderverhuur te verbieden is aan geen enkele beperking onderhevig. De Franse rechter heeft

201 Rechtbank Nijvel, 25 april 1956, *Rec. Jur. T.A. Ni.*, p. 79.
202 Y. Merchiers, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen: Kluwer, 2000, p. 205.
203 Pauwels, nr. C-VI-2-9/10.
204 A. Verbeke (ed.), p. 106.
205 Vred. Anderlecht, 10 maart 1988, *T. Vred.,* 1990, 140 en bevestigd in Brussel, 19e kamer, 1 december, 1989, *J.T.,* 1993, 769, nr. 17.
206 Pauwels, nr. C-VI-2-26.
207 Vier jaar geleden stond dit nog in article 21 van het Décret n°53-960 du 30 septembre 1953, 'Décret réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal'.
208 Zie art. L. 145-31 van de Code de Commerce: 'Sauf stipulation contraire au bail ou accord du bailleur, toute sous-location totale ou partielle est interdite.'

bijvoorbeeld niet het recht om indien de toestemming van de verhuurder ontbreekt tóch onderhuur toe te staan.[209]

Indien onderverhuur contractueel is toegestaan dient de huurder als onderverhuurder de verhuurder vooraf schriftelijk op de hoogte te stellen van zijn bedoeling onder te verhuren. De verhuurder moet namelijk altijd daaraan kunnen 'participeren' (of tenminste daartoe worden uitgenodigd) aan het contract tot onderverhuur.[210] De verhuurder kan vervolgens binnen twee weken ('quinze jours') daarna hierop reageren.[211] Indien de verhuurder ondanks een toestemmingsclausule in de huurovereenkomst weigert, dan wel niet reageert, is onderverhuur alsnog niet mogelijk.[212] Het stilzitten van de verhuurder betekent in Frankrijk dus niet dat deze de onderverhuur gedoogt en daarmee zijn rechten verwerkt.

Een contractuele clausule ('clause expresse') kan aan de huurder vrijstelling verlenen van de verplichting de verhuurder uit te nodigen mee te werken aan de onderverhuur. Doorgaans zal de verhuurder daarbij ook een clausule opnemen die de onderverhuurder verplicht hem een exemplaar van de onderhuurovereenkomst.[213]

De huurprijs
Niet ongebruikelijk is dat de onderverhuurder bij de onderhuurder een hogere huurprijs bedingt dan in de hoofdhuurrelatie geldt. Artikel L. 145-31, sub 3 van de Code de Commerce bepaalt dat de verhuurder in zo'n geval een daarmee corresponderende verhoging van de hoofdhuurprijs kan eisen. Komen partijen er niet uit kan de meest gerede partij de zaak aanhangig maken bij het 'Tribunal de grande instance'.[214]

De rechtsverhouding verhuurder/onderhuurder
In zijn algemeenheid bestaat tussen hoofdverhuurder en onderhuurder geen contractuele relatie. Er bestaan in Frankrijk daarop echter twee uitzonderingen. Krachtens art. 1753 van de Code Civil komt de verhuurder bij wanbetaling van de hoofdhuurder een actie jegens onderhuurder toe.[215] Voorts kan krachtens art. L. 145-32 van de Code

209 G. Lausanne *Le bail commercial*, Paris: Groupe Revue Fiduciaire – 2002, p. 113: hier zit een verschil tussen Frankrijk en Nederland: naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid kan de Nederlandse rechter bepalen dat een onderverhuurverbod onaanvaardbaar is.

210 Zie hierover: Article L. 145-31 du Code de Commerce, 2ième alinéa: 'En cas de sous-location autorisée, le propriétaire est appelé à concourir à l'acte.'

211 'Quinze jours' is gelijk aan een periode van twee weken.

212 Voor een arrest hierover zie bijvoorbeeld: Cour de Cassation, Chambre civile 3, 9 juillet 2003, numéro de pourvoi: 02-11621, zie ook: G. Lausanne, p. 115: 'Le simple silence du bailleur à la suite d'une notification de sous-location ne vaut pas acceptation.'

213 G. Lausanne, p. 114.

214 G. Lausanne, p. 115.

215 Zie o.a.: M. Menjucq, *Droit des affaires: Le commerçant, Les actes de commerce, Le fonds de commerce, Le bail commercial, Les contracts commerciaux* (collection FAC Universités), Paris: Gualino éditeur, 2003, p. 74.

de Commerce de onderhuurder onder bepaalde voorwaarden[216] en slechts in bepaalde gevallen van de verhuurder een recht tot 'renouvellement du bail' jegens de hoofdverhuurder verkrijgen.

Dit laatste veronderstelt een geldige onderhuur en een betwisting van de rechten van de onderhuurder door de (hoofd)huurder. Het recht ontstaat pas aan het einde van de duur van de hoofdhuurovereenkomst.[217] In Nederland heeft de bevoegdelijke onderhuurder in sommige gevallen een rechtstreeks vorderingsrecht jegens verhuurder: krachtens de artt 7:297 lid 1 BW (met betrekking tot verhuis- en inrichtingskosten), 7:299 lid 1 BW (met betrekking tot schadevergoeding indien de wil tot eigen gebruik niet aanwezig is geweest), 7:308 BW (met betrekking tot een vergoeding in geval van voordeel aan de zijde van de verhuurder na opzegging), artikel 7:309 BW (met betrekking tot schadeloosstelling bij afbraak) en ten slotte artikel 7:310 lid 2 BW (met betrekking tot schadeloosstelling bij verwezenlijking bestemmingsplan).[218]

De rechtsverhouding onderverhuurder/onderhuurder
De rechtsverhouding tussen onderverhuurder en de onderhuurder wordt in Frankrijk, wat bedrijfsruimte betreft, beheerst door de tekst van de huurovereenkomst en de Code de Commerce en is daarmee een 'bail commercial', willekeurig de aard van de hoofdhuurrelatie.[219] De onderhuurder heeft jegens de onderverhuurder een recht tot renouvellement du bail. De (hoofd)verhuurder moet worden uitgenodigd mee te werken aan de renouvellement. Grondslag hiervoor vormt artikel L. 145-32 van de Code de Commerce.[220] Belangrijk is hierbij dat de onderhuurder niet meer rechten kan hebben dan de rechten die de onderverhuurder heeft ten opzichte van de hoofdverhuurder. Dit is een uitwerking van een, ook in Nederland geldend, algemeen juridisch principe: 'On ne peut consentir plus de droits que l'on en détient soi-même.'.[221]

---

216 'A l'expiration du bail principal, le propriétaire n'est tenu au renouvellement que s'il a, expressément ou tacitement, autorisé ou agréé la sous-location et si, en cas de sous-location partielle, les lieux faisant l'objet du bail principal ne forment pas un tout invisible matériellement ou dans la commune intention des parties.' (Bij gedeeltelijke onderhuur heeft het beroep van de onderhuurder op renouvellement dus geen kans op succes indien de verhuurder in de huurovereenkomst een bepaling heeft opgenomen waarin is vastgelegd dat de bedrijfsruimte 'indivisible' is), zie ook: G. Lausanne, p. 293.

217 Zie bijvoorbeeld: Cour de Cassation, Chambre civile 3, 17 décembre 2003, numéro de pourvoi: 02-12244: '1 / que le droit direct à renouvellement, dont seul bénéficie le sous-locataire autorisé, ne s'acquiert qu'à la date d'expiration du bail principal'.

218 Evers, p. 37.

219 M. Menjucq, p. 74, zie ook: Cour de Cassation, Chambre civile 3, 10 février 2004, numéro de pourvoi: 02-20439: '… qu'une sous-location peut être soumise au décret de 1953 bien que le bail principal n'y soit pas soumis…' (Zelfs als de hoofdhuurovereenkomst niet onder de bescherming van het Décret valt kan onderhuur er wél onder vallen.)

220 'Le sous-locataire peut demander le renouvellement de son bail au locataire principal dans la mesure des droits que ce dernier tient lui-même du propriétaire. Le bailleur est appelé à concourir à l'acte, comme il est prévu à l'article L. 145-31.'

221 'Men kan niet meer rechten toestaan dan men zelf heeft', zie: G. Lausanne, p. 291.

Ook in Nederland wordt de contractuele relatie tussen onderverhuurder en onderhuurder gelijkgesteld met de relatie tussen een hoofdverhuurder en een hoofdhuurder. Omdat onderverhuur een 'normale' huurovereenkomst is zijn als het detailhandelsbedrijfsruimte betreft de bepalingen van artikel 7:290 e.v. van toepassing.[222] De onderverhuurder is in sommige gevallen bijvoorbeeld verplicht schadevergoeding te betalen aan de onderhuurder (artikel 7:306 lid 2 BW). In het algemeen geldt dat de onderverhuurder voldoende moet waken voor de belangen van de onderhuurder. De onderverhuurder dient er bijvoorbeeld ook voor te zorgen dat de onderhuurder niet in zijn huurgenot wordt aangetast.[223]

Het einde van de hoofdhuurovereenkomst
Vanuit het perspectief van de onder paragraaf 5.4.7 behandelde Nederlandse situatie is een belangrijke vraag wat er met de onderhuurder gebeurt indien de hoofdhuurovereenkomst eindigt, na ommekomst van de huurtermijn dan wel tussentijds. In Frankrijk geldt dat de duur van de onderhuur de duur van de hoofdhuur niet mag overschrijden. In het algemeen zullen de onderhuur en de hoofdhuur gelijktijdig aflopen (omdat de onderhuur doorgaans is aangegaan voor de resterende duur van de hoofdhuurovereenkomst). Is er tussen de hoofdverhuurder en de hoofdhuurder sprake van 'renouvellement du bail', kan ook de onderhuurder bij de hoofdhuurder renouvellement vorderen. Door de zaak onder te verhuren wordt het recht van de huurder op renouvellement overigens wel enigszins beperkt, zeker als hij de zaak in zijn geheel onderverhuurt.[224] Logischerwijs loopt ook in Nederland de onderhuurovereenkomst af zodra de hoofdhuurovereenkomst afloopt door het verstrijken van de huurtermijn, omdat de onderverhuurder dan het gebruik niet meer aan de onderhuurder kan verschaffen.[225] Niet altijd zal echter sprake zijn van een dergelijke ideale situatie. Ten eerste speelt art. 7:306 lid 1 BW een rol: de onderhuur eindigt automatisch op het tijdstip waarop de (hoofd)huurder moet ontruimen naar aanleiding van een rechterlijke uitspraak in het kader van een beëindigingsprocedure. Deze regel geldt echter niet bij tussentijdse ontbinding.[226] De Franse huurder heeft in deze gevallen soms het recht om renouvellement du bail te vorderen bij de hoofdverhuurder. Op die manier kan hij proberen te bewerkstelligen het gehuurde te mogen blijven gebruiken.

222 Evers, p. 36 en p. 121.
223 Aantasting van het huurgenot wordt zélfs aan de onderverhuurder toegerekend in een geval dat de hoofdverhuurder besluit tot herinrichting van een winkelcentrum, getuige de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam, sector kanton, van 20 maart 2003, WR 2003/48.
224 Zie: G. Lausanne, p. 116 en p. 290, en ook met name: M. Menjucq, p. 73: 'La sous-location de la totalité des locaux n'est pas évisageable car elle manifesterait que le preneur n'a plus besoin de locaux, le droit au renouvellement pouvant alors lui être refusé.'
225 Evers, p. 121.
226 Dozy/Huydecoper, Tekst en Commentaar Huurrecht (2003), p. 186 en p. 187.

Location-gérance
'Location-gérance' is een in Frankrijk veelgebruikte en geïnstitutionaliseerde contractsvorm bij situaties waarin enerzijds de eigenaar van een onderneming ('fonds de commerce') niet in staat is om deze zelf te exploiteren (bijv. door ouderdom of bezigheden elders) en anderzijds de huurder niet in staat is om voldoende kapitaal te vergaren een onderneming te kopen en zélf daartoe een object te huren. De huurder draagt de exploitatie en daarmee het gebruik van het object over aan de gérant. Sommige distributieactiviteiten lenen zich uitstekend voor contracten op basis van location-gérance (bijvoorbeeld bij tankstations). Ook kan 'location-gérance' een 'solution d'attente' zijn, bijvoorbeeld als men bezig is met het plannen van een herstructurering van een onderneming.[227]

De wettelijke bepalingen betreffende 'location-gérance' (ofwel: 'gérance-libre') zijn geplaatst in de artt. L. 144-1 t/m L. 144-13 van de Code de Commerce. 'Location-gérance' vertoont gelijkenis met 'sous-location': bij sous-location heeft de sous-locataire slechts het gebruik van de exploitatieruimte, bij 'location-gérance' heeft de 'gérant' het gebruik van de onderneming (fonds).[228] Onderverhuurders proberen soms een onderverhuurverbod te ontduiken door een de facto onderhuurovereenkomst te benoemen als 'location-gérance.'[229]

Op grond van de artikelen L.144-1 e.v. heeft de gérant als het gaat om de huur van een 'fonds de commerce' recht op renouvellement, noch schadeloosstelling bij verwijdering ('indemnité d'éviction'). In Frankrijk bestaat een stortvloed van rechterlijke uitspraken met betrekking tot tankstations waarin wordt geoordeeld dat de gérant deze rechten ontbeert.[230] De bepalingen van de Code de Commerce zijn dus niet van toepassing op de 'location-gérance'.[231]

Naast de 'gewone' location-gérance bestaat er ook de mogelijkheid tot 'sous-location-gérance'. Dit houdt in dat de gérant de onderneming onderverhuurt. De wet verbiedt dit niet omdat zij niet eist dat de verhuurder eigenaar moet zijn van de onderneming; het volstaat dat de verhuurder exploitant is. Uiteraard heeft de gérant geen bevoegdheid om de zaak onder te verhuren indien er in de hoofdovereenkomst een clausule is opgenomen waaruit voortvloeit dat de gérant de zaak zélf moet exploiteren.[232] In het

227 M. Menjucq, p. 88.
228 G. Lausanne, p. 112.
229 Hiermee hangt samen: Cour de Cassation, Chambre civile 3, 3 juillet 2003, numéro de pourvoi: 02-11141.
230 F. Kendérian, *L'évolution contemporaine du statut des baux immobiliers d'exploitation* (Bibliothèque de droit de l'enterprise), p. 325-326.
231 Er zijn overigens uitzonderingen, zie: G. Lausanne, p. 153.
232 M. Menjucq, p. 93. Zie over de eventuele problematiek bij sous-location-gérance eveneens: Cour de Cassation, Chambre sociale, 20 mars 2002, numéro de pourvoi: 00-41651 (het betrof een tankstation, veel arresten over sous-location-gérance zijn er recentelijk niet geweest).

Nederlandse recht zijn varianten van de location-gérance en de sous-location-gérance niet (direct) in de wet terug te vinden.

5.7.3 Zwitserland

In Zwitserland kent het huurrecht, evenals is Nederland, een geclausuleerde onderverhuurmogelijkheid voor onderverhuur van bedrijfsruimte. Voor de onderhuur in Zwitserland geldt voor woonruimte en bedrijfsruimte één algemeen artikel, namelijk art. OR 262, waarvan de tekst als volgt luidt:

> Der Mieter kann die Sache mit Zustimmung des Vermieters ganz oder teilweise untervermieten. (lid 1)
> Der Vermieter kann die Zustimmung nur verweigern, wenn:
> a: der Mieter sich weigert, dem Vermieter die Bedingungen der Untermiete bekannt zu geben;
> b: die Bedingungen der Untermiete im Vergleich zu denjenigen des Hauptmietvertrags missbräuchlich sind;
> c: dem Vermieter aus der Untermiete wesentliche Nachteile entstehen; (lid 2).
>
> Der Mieter haftet dem Vermieter dafür, dass der Untermieter die Sache nicht anders gebraucht, als es ihm selbst gestattet ist. Der Vermieter kann den Untermieter unmittelbar dazu anhalten.[233] (lid 3)

De strekking van art. OR 262 is het beschermen van de hoofdhuurder/onderverhuurder omdat deze der vaak een belang heeft bij onderverhuur, in tegenstelling tot de verhuurder.[234] Het artikel is van dwingend recht en bepaalt dat de huurder het object slechts kan onderverhuren na verkregen toestemming van de verhuurder.[235] Het toestemmingsvereiste van de verhuurder is vormvrij. De verhuurder heeft 4 weken bedenktijd nadat het verzoek van de huurder tot onderverhuur door hem is ontvangen. De toestemming van de verhuurder is echter geen geldigheidsvoorwaarde voor het totstandkomen van de onderhuurovereenkomst.[236] De toestemming kan zelfs ook worden ingewonnen, na het aangaan van de onderhuurovereenkomst.[237] Wanneer echter onderverhuurd wordt zonder toestemming door de verhuurder, of zelfs ondanks een weigering, kan sprake zijn van een buitengewone opzeggingsgrond/beëindigingsgrond krachtens artt. OR 266g of OR 257f derde lid voor de verhuurder.[238]

---

233 P. Gauch, P. Higi (bew.), *Obligationenrecht. Die Miete. Teilband V 2b. Erste Lieferung. Art. 253-265 OR,* Zürich: Schulthess Polygraphiser Verlag, 1994, p. 653.
234 J. Kern Kostkiewicz e.a., *OR. Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2002, p. 270.
235 P. Tercier, *Les contrats spéciaux*, Zürich: Schulthess Polygraphiser Verlag, 1995, p. 211.
236 J. Kern Kostkiewicz e.a., p. 271.
237 C. Huguenin, *Obligationenrecht. Besonderer Teil*, Zürich: Schulthess, 2002, p. 52.
238 D. Lachat, *Le Bail à loyer*, Lausanne: ASLOCA 1997, p. 381.

De verhuurder kan de huurder (annex onderverhuurder) tevens dwingen, hem de voorwaarden te overhandigen waaronder de onderhuurovereenkomst is aangegaan.

De verhuurder mag krachtens sub van art. 262 lid 2 OR toestemming slechts weigeren indien:
a. de huurder weigert de voorwaarden waartegen de onderhuurovereenkomst is aangegaan, aan de verhuurder bekend te maken,
b. de voorwaarden van de onderhuurovereenkomst in strijd zijn met de hoofdhuurovereenkomst,
c. de onderhuurovereenkomst voor de verhuurder nadelig is.[239]

De stelplicht en bewijslast zijn in beide rechtstelsels op dezelfde wijze geregeld. In het Nederlandse huurrecht rust op de verhuurder de stelplicht en bewijslast dat de huurder bij het aangaan van de huurovereenkomst 'moest aannemen' dat er aan de kant van de verhuurder 'redelijke bezwaren' waren.[240] In het Zwitserse recht moet de verhuurder die een beroep doet op een van de weigeringsgronden, stellen en bewijzen dat een weigeringsgrond ook daadwerkelijk aanwezig is.[241]

Ad b
Deze bepaling ziet in eerste instantie op de hoogte van de huurprijs. Van overmatig gewin door onderverhuur mag geen sprake zijn. Dit betekent niet dat de onderverhuurder helemaal geen winst, of slechts een geringe winst mag toekomen. Uit de jurisprudentie volgt dat om te bepalen of sprake is van overmatig gewin een vergelijking gemaakt moet worden tussen de huurprijs van de hoofdhuurovereenkomst en de huurprijs van de onderverhuurovereenkomst. Daarbij moet bedacht worden dat de huurder mag dingen naar een beloning voor aanvullende prestaties geleverd op basis van het onderverhuurcontract. Voor het surplus wordt ervan uitgegaan dat een voordeel van 30 of 40% boven de huurprijs van de hoofdhuurovereenkomst overmatig is, gezien het doel van de wetgever de onderverhuurder de mogelijkheid te geven service te kunnen bieden en er tegelijkertijd voor te zorgen dat de onderhuurder niet wordt uitgebuit.[242] De bepaling ziet tevens ook op alle andere denkbare bedingen in een onderverhuurovereenkomst. Om te toetsen of deze bedingen ongeoorloofd zijn wordt ook teruggegrepen op de bepalingen van de hoofdhuurovereenkomst. Volgens de jurisprudentie is de ratio legis van art. 262 lid 2 b dat als ongeoorloofd worden aangemerkt, bedingen die voor de onderhuurder in vergelijking met de onderverhuurder een aanzienlijke financiële verslechtering meebrengen, die niet in prestaties aan de zijde van de onderverhuurder een objectieve rechtvaardiging vinden.[243]

---

239 L. Thévenoz, F. Werro, *Code des Obligations I*, Genève: Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 1370.
240 Kamerstukken II 1997-1998, 26 089, nr. 3, p. 33.
241 P. Gauch, *Obligationenrecht, Teilband V2b Die Miete, Erste Lieferung art. 253-265 OR*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994, p. 676.
242 D. Lachat, *Le bail à loyer*, Lausanne: ASLOCA 1997, p. 379, verwijst naar de uitspraken: ATF 119 II 356 en ATF 119 II 360-361 (résumé de la doctrine controversée).

Ad c
Art. 262 lid 2 c gaat op als de verhuurder een wezenlijk nadeel ondervindt van de onderhuur. Wanneer er sprake is van een wezenlijk nadeel hangt af van de omstandigheden van onderverhuur. Hier is dus ook sprake van een open norm. Eveneens wordt hier gebruik gemaakt van een vergelijking met de hoofdhuurovereenkomst. Van belang is dus in eerste instantie vast te stellen wat de bestemming en de gebruiksmodaliteiten zijn, die zijn neergelegd zijn in de hoofdhuurovereenkomst. Biedt de overeenkomst geen uitkomst, dan kan teruggegrepen worden op het gewoonlijk gebruik. In ieder geval hoeft de verhuurder niet te tolereren dat de verhuurde de bedrijfsruimte gebruikt op andere wijze dan bepaald is in het hoofdhuurcontract (zie ook art. 262 lid 3 OR). Ook veranderingen aan de onderverhuurde bedrijfsruimte, waarvoor de verhuurder aan de huurder geen toestemming gegeven zou hebben, rechtvaardigen een beroep op art. 262 lid 2 c OR.[244]

Verhouding tussen hoofdhuurovereenkomst en onderhuurovereenkomst
Krachtens art. OR 262 lid 3 dient de huurder ertoe zorg te dragen dat de onderhuurder het object gebruikt conform de bestemming zoals deze geldt in de hoofdhuurrelatie. Hoewel tussen de verhuurder en de onderhuurder geen rechtsverhouding bestaat heeft de verhuurder jegens de onderhuurder wel een wettelijk vorderingsrecht indien deze het object voor een andere bestemming aanwendt dan met de hoofdhuurder is overeengekomen.[245] Op grond hiervan kan hij tevens de hoofdhuurovereenkomst opzeggen met de huurder krachtens art. OR 257f. Daarnaast heeft de (hoofd)verhuurder tegenover de onderhuurder een retentierecht. Bij de beëindiging van de hoofdhuurovereenkomst heeft (ook) de hoofdverhuurder jegens de onderhuurder een ontruimingsactie.

Formaliteiten
De Zwitserse onderhuurovereenkomst is een gewone huurovereenkomst die beheerst wordt door art. OR 253. Ook bij de onderhuurovereenkomst dient de aanvangshuurprijs te worden vermeld op een ambtelijk (van overheidswege verstrekt) formulier (o.a. strekkende tot registratie). De onderhuurovereenkomst kan niet worden aangegaan voor een langere periode dan de hoofdhuurovereenkomst maar in de rechtspraak is uitgemaakt dat indien de huurder na ommekomst van de huurovereenkomst de onderverhuur voortzet, hij de daaruit ontvangen inkomsten moet afgeven aan de verhuurder.[246] De huurovereenkomst met betrekking tot woon- en bedrijfsruimte moet schriftelijk worden beëindigd door opzegging door middel van een 'ambtelijk formulier', waarin de huurder voorgelicht wordt omtrent diens rechten. De gronden

243 Gauch, p. 675, verwijst naar BG er in Urteil 4C.379/1992 vom 30 September 1993.
244 D. Lachat, *Le bail à loyer*, Lausanne: ASLOCA, 1997, p. 380.
245 C. Huguenin, p. 54.
246 J. Kern Kostkiewicz e.a., *OR. Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht,* Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2002, p. 270; C. Huguenin, *Obligationenrecht. Besonderer Teil*, Zürich: Schulthess, 2002, p. 52.

voor beëindiging hoeven echter niet vermeld te worden.[247] Alle andere huurovereenkomsten kunnen zonder vormvereisten worden beëindigd.[248]

Conclusie België, Frankrijk en Zwitserland (onderhuur)
In de drie landen bestaat een systeem dat in beginsel overeenkomt met de gedachte die ten grondslag ligt aan het Nederlandse systeem omdat het belang van de verhuurder op enig moment moet worden afgewogen tegen het belang van de huurder. Art. 7:221 BW voorziet daarin echter slechts indirect omdat de huurder zich in een positie wordt gebracht waarin deze moet gissen of de verhuurder tegen diens onderverhuurvoornemens al of niet redelijke bezwaren zou kunnen hebben. Uiteraard wil de huurder deze door de wetgever aan hem toebedeelde bezigheid in diens voordeel uit laten vallen. Met name omdat de Nederlandse wetgever ten onrechte ervan uit gaat dat de verhuurder geen belang heeft bij de identiteit van de persoon of de onderneming die zich de facto in het object bevindt, heeft de huurder van de wetgever het voordeel van de twijfel gekregen. Daarmee heeft art. 7:221 BW een afwijkend uitgangspunt in vergelijking met de onderhuurregeling in België, Frankrijk en Zwitserland. Naar mijn mening is de aard en strekking van art. 7:221 BW niet wenselijk omdat deze in elk geval wat bedrijfsruimte betreft niet aansluit op de praktijk, omdat de meeste verhuurders van bedrijfsruimte simpelweg willen weten wie zich in het object bevindt. Het is niet aan de wetgever te bepalen dat verhuurders dat niet willen weten. Een betere wettelijke onderhuurregeling bieden de bevindingen van de uitgevoerde rechtsvergelijking: onderverhuur moet in beginsel mogelijk zijn doch indien contractueel verboden (hetgeen meestal het geval is) wordt de huurder een mini-rechtsgang geboden teneinde dit contractuele verbod te ontkrachten. Daarbij dient met name de mogelijkheid van de verhuurder zijn zegje te doen tot inspiratie voor een beter systeem dan art. 7:221 BW voorstaat.

5.8 Flexibiliteit

Algemene indruk
De gebrekenregeling is ingrijpend vernieuwd. Maar van een vereenvoudiging is geen sprake. De regeling is slechts ánders, en de huurder krijgt meer rechten toebedeeld maar van een door de wetgever beoogde sterke verbetering is geen sprake. Het is op meerdere onderdelen te merken dat de gebrekenregeling in de sleutel van woonruimte is gecomponeerd en dat deze in het huurrecht bedrijfsruimte nader vorm moet krijgen, ook vanuit het oogpunt van het streven naar flexibiliteit. De rechtsvergelijking wijst uit dat de Belgische en Franse huurder van bedrijfsruimte minder beschermd wordt dan de Nederlandse huurder van bedrijfsruimte omdat de wettelijke regeling slechts van aanvullende aard is. De Zwitserse wettelijke gebrekenregeling is daarentegen geheel

247 Urteil des Bundesgerichts vom 4. März 2002, 4C.400/2001.
248 E. Bucher, *Obligationenrecht. Besonderer Teil*, Zürich: Schulthess Polygraphiser Verlag 1988, p. 175.

van dwingend recht zodat in dat land de huurder een sterke mate van bescherming heeft. In het kader van de onderhuurregeling kom ik daarop onderstaand terug.

Het verwachtingspatroon in de gebrekenregeling
In tegenstelling tot hetgeen bij woonruimte het geval is speelt bij de definiëring van een gebrek in het huurrecht bedrijfsruimte het verwachtingspatroon en de objectivering daarvan een rol. Met name omdat in het nieuwe huurrecht ook immateriële gebreken als gebreken zijn aan te merken rijst de vraag op welke wijze het verwachtingspatroon nader moet worden ingevuld, hetgeen overigens onverlet laat dat ook bij materiële gebreken het verwachtingspatroon een rol speelt. Anders gezegd: op welke wijze kunnen een huurder en een verhuurder flexibel inspelen op hetgeen zij over en weer kunnen en mogen verwachten? Geïnspireerd door hetgeen in Frankrijk geldt pleit ik voor een beperkte uithoorplicht van de verhuurder die de aspirant-huurder moet uithoren als het gaat om zijn specifieke plannen met het pand die bouwtechnische gevolgen kunnen hebben. Ik beoog daarmee dat in een daardoor aangezwengeld samenspel van mededelingsplicht en onderzoeksplicht reeds bij contractsvorming duidelijkheid komt over de materiële en immateriële staat van het verhuurde pand. Bij immateriële gebreken is het belang van deze beperkte uithoorplicht aanzienlijk omdat deze bij het aangaan van de huur voor de aspirant-huurder onzichtbaar zijn.

Het herdefiniëren van 'gebrek' en de onderzoeksplicht
Onder verwijzing naar de door mij betoogde beperkte uithoorplicht behoort in het samenspel van mededelings- en onderzoeksplicht voorafgaand aan het aangaan van de huurovereenkomst duidelijkheid te komen over hetgeen partijen afspreken over gesignaleerde en te verwachten gebreken. In het huurrecht bedrijfsruimte bestaat hiertoe immers de vrijheid. Ook over de onderzoeksplicht kunnen vrijelijk afspraken worden gemaakt.

Werkt de nieuwe gebrekenregeling eigenlijk wel?
Met de nieuwe gebrekenregeling lijkt de wetgever een werkbare balans te hebben willen formuleren door niet alleen de term gebrek op te rekken ten opzichte van het oude huurrecht maar tevens in de wet het recht op huurverlaging van de huurder op te nemen, waarmee de wetgever tegemoet is gekomen aan de maatschappelijke behoefte (meer praktische huurbescherming bij gebreken) kenbaar uit de gebreken-, onderhoud- en huurincassojurisprudentie. Anderzijds heeft de wetgever de ongewenste effecten van de praktijk (waarin ongebreidelde 'opschortingen' schering en inslag zijn) willen voorkomen door in de wet de twee vereisten op te nemen van de behoorlijke kennisgeving en de voor de huurder verplichte gang naar de rechter.[249] Voor woonruimte staat uiteraard nog de voor de huurder gecreëerde weg open van artikel 7:257 BW (art. 18 Hpw-oud), waardoor de wetgever met name voor bedrijfsruimte artikel 7:207 BW lijkt te hebben geformuleerd.

249 Kamerstukken II (MvT) 1997/1998 26 089, nr. 3, p. 18.

De vraag dringt zich op of deze nieuwe regeling voor de huurder in de praktijk wel praktisch uitvoerbaar en derhalve voldoende flexibel is. In de vraag ligt mijn mening al besloten: neen. Een voorbeeld uit de praktijk: een door regenwater lekkend asbesthoudende dak van een achtergelegen showroom (waarin vistenten staan opgesteld) van een vissportwinkel dat 40 jaar niet is vervangen. Door het lekkende regenwater zijn de tenten beschimmeld geraakt en dus onverkoopbaar, welke schade niet door de verzekeraar van de huurder wordt gedekt. Het gebrek is niet alleen netjes (doch tevergeefs) aan de verhuurder gemeld doch deze is tevens (herhaaldelijk) gesommeerd tot herstel. Zelfs een offerte voor het noodzakelijke herstel heeft niet tot enige actie zijdens verhuurder geleid. De verhuurder komt niet in beweging. De huurder die zich heeft georiënteerd op het nieuwe huurrecht wil met enige gretigheid zelf een opdracht geven tot herstel. De kosten daarvan kunnen immers worden verrekend met (reeds opgeschorte) huurpenningen. Aan alle vereisten heeft hij voldaan: hij heeft het gebrek gemeld, er is (voor de vergoeding van geleden schade) herhaaldelijk gesommeerd. Er bestaat derhalve voor de huurder geen enkele aanleiding niet tot actie over te gaan, waarbij de vergoeding van geleden schade, gemaakte (juridische advies)kosten en een pro rata huurverlaging bij een door hem in te stellen reconventionele vordering zal worden gevorderd. Maar zo eenvoudig als de wetgever dat heeft beoogt gaat het helaas niet.

Niet wettelijk verplicht doch wel raadzaam (teneinde de relatie met de verhuurder niet verder onder druk te zetten) is dat de offerte voorafgaand aan het herstel ter kennis van de verhuurder wordt gebracht. Dit bevordert overleg en dat vindt de gemiddelde kantonrechter altijd heel fijn. Indien de verhuurder na daarover een aantal weken te hebben nagedacht zegt deze onredelijk hoog te vinden, aankondigt met een veel redelijker contra-offerte te komen (die vervolgens uitblijft) en overleg wil plegen met zijn verzekeraar, onder het entameren van een incasso- en ontbindings- en ontruimingsprocedure (die dus niet uitblijft) is de eerste strategische vertragingswinst al geboekt omdat het van de huurder wel enige lef vergt de opdracht tot herstel dan daadwerkelijk nog te verstrekken. Intussen regent en lekt het maar door en bevindt de huurder zich in een patstelling omdat indien zijn offerte achteraf niet blijkt te kloppen en de verrekening onterecht blijkt (immers, wat zijn 'redelijke kosten'?) , het risico op verlies van zijn winkelpand verwezenlijkt kan worden. Menig detaillist en huurder van bedrijfsruimte neemt dit risico niet en wacht af.

Daarmee is in dit eenvoudige voorbeeld, willekeurig de afloop, al geen sprake van enige effectieve toepassing van de nieuwe gebrekenregeling in het huurrecht bedrijfsruimte. Doch al toont de huurder wél enig lef en gaat hij over tot herstel en verrekening, dan wordt het risico op een incasso- en ontbindings- en ontruimingsprocedure alleen maar groter. Bovendien heeft de huurder dan het praktische probleem dat het bewijs is verdwenen: het lekkende asbesthoudende dak is immers conform de gemeentelijke voorschriften afgevoerd, vernietigd en vervangen. De huurder kan derhalve onoordeelkundig handelen worden verweten. En daarbij blijft het niet. Naast dit ontruimingsrisico en bewijsprobleem zal de huurder voor vergoeding van de lekkage-

schade aan bijvoorbeeld winkelinventaris de verhuurder eerst in gebreke moeten stellen omdat de verhuurder niet definitief weigert doch slechts treuzelt (art. 6:83 onder c BW). Als de gemiddelde huurder daarop al bedacht is zal deze vervolgens in de door de verhuurder gestarte procedure een reconventionele vordering moeten instellen waarbij naast schadevergoeding tevens huurvermindering kan worden gevorderd. Afgezien van de uitkomst daarvan lijkt de huurder dan verstrikt te geraken in een kostbare en niet risicovrije procedure terwijl de wetgever met de nieuwe gebrekenregeling nu juist een voor hém eenvoudig en genuanceerd stelsel had beoogd.[250] De werkelijkheid blijkt anders te kunnen uitpakken. De nieuwe gebrekenregeling is daarmee anders dan die in het oude huurrecht en oogt wellicht verfrissend maar levert, als het er werkelijk om spant, de huurder in de praktijk niets op. Met name omdat de wetgever anderszins heeft beoogd kunnen we hier gerust spreken van een gemiste kans.

Varia

Ook op andere en meer perifere onderdelen van de gebrekenregeling is bezinning nodig. De buitengerechtelijke ontbinding krachtens art. 7:210 BW levert de huurder niet de flexibiliteit op die door de wetgever is beoogd en is zelfs voor deze risicovol. Op het gebied van rechtsstoornis (art. 7:211 BW) beoogt de wetgever de huurder te beschermen, doch deze bescherming blijkt bij een onwillige verhuurder niet effectief en kan de lakmoesproef der realiteit niet doorstaan. Juist omdat de huurder in de reguliere gebrekenregeling beter wordt beschermd in vergelijking met art. 7:211 BW dient, teneinde te voorkomen dat deze daarnaar moet teruggrijpen, een vrijwaringsplicht in art. 7:211 BW te worden opgenomen. Dit sluit beter aan bij de bedoeling van de wetgever.

Opschortingsrecht, buitengerechtelijke ontbinding en retentierecht

De inbedding van het nieuwe huurrecht in de gelaagde structuur van het Burgerlijk Wetboek doet zich wat de door de huurder te verrichten tegenprestatie betreft goed gevoelen bij het opschortingsrecht, de mogelijkheid van buitengerechtelijke ontbinding en het retentierecht. Via de schakelbepaling van art. 7:205 BW zijn ook deze leerstukken uitdrukkelijk in het huurrecht van toepassing. Wat de buitengerechtelijke ontbinding betreft ben ik van oordeel dat deze krachtens artikel 7:231 BW weliswaar in eerste instantie is uitgesloten, doch via art. 7:205 BW (ten behoeve van de huurder) op basis van het algemene verbintenissenrecht weer wél mogelijk. Dat deze consequentie van art. 7:205 BW niet door de wetgever is voorzien doet hieraan niet af. Aldus verschaffen het opschortingsrecht, de mogelijkheid van buitengerechtelijke ontbinding en het retentierecht de huurder extra flexibiliteit naast de hem toekomende rechten in verband met de gebrekenregeling (zie paragraaf 5.3.3).

250 Kamerstukken I 2002/2003, 26 089, 26 090, 26 932, 28 064, nr. 50, p. 9 en 14.

Klusrecht
Aanzienlijke flexibiliteit wordt verschaft door het nieuw ingevoerde klusrecht. Ook dit fenomeen is op de leest van woonruimte geschoeid en de wetsgeschiedenis heeft daarbij het maken van boorgaten op het oog. De bovengrens bij woonruimte blijkt bij het aanbrengen van een CV-installatie te liggen. Maar waar ligt nu bij bedrijfsruimte de bovengrens? De slotzin van art. 7:215 lid 1 BW zou uitkomst moeten bieden: de veranderingen en toevoegingen moeten aan het einde van de huur zonder noemenswaardige kosten ongedaan en verwijderd kunnen worden. Dit is naar mijn mening een voor huurrecht bedrijfsruimte te ruim en dus onbruikbaar criterium dat blijkens het in paragraaf 5.4.1 gegeven voorbeeld het doel voorbijstreeft. Gezien het risico dat een huurder via art. 7:215 lid 1 BW een ondersteunend gedeelte van het gehuurde gerechtvaardigd kan ontsluiten met als gevolg een aanzienlijke vergroting van het verkoopoppervlak onder dienovereenkomstige vermindering van de huurprijs per m² lijkt mij een begrenzing in die zin wenselijk dat een ZAV in het huurrecht bedrijfsruimte slechts toelaatbaar is te achten voorzover als gevolg daarvan de huurprijs per m² niet meer dan 5% lager wordt.

De gedoogplicht dringende werkzaamheden
In vergelijking met het oude huurrecht is de gedoogplicht op grond van art. 7:220 lid 1 BW ruimer opgezet. Met name de gedoogplicht met betrekking tot preventieve onderhouds- en herstelwerkzaamheden, werkzaamheden aan belendingen geven de verhuurder meer flexibiliteit dan in het oude huurrecht. In het oude huurrecht kwam de huurder er maar bekaaid van af: pas na 40 dagen gedoogde werkzaamheden kon deze een pro rata huurvermindering vorderen. In het nieuwe huurrecht wordt de huurder toebedeeld met de mogelijkheid tot huurvermindering, huurontbinding en schadevergoeding. Aldus levert de nieuwe regeling de huurder meer rechten en derhalve meer flexibiliteit op.

Het wettelijk criterium bij de gedoogplicht van complexgewijze renovaties
Bij de in paragraaf 5.4.4 behandelde gedoogplicht van complexgewijze renovaties kan men zich afvragen of het wel zo verstandig is geweest dat de wetgever aangaande de redelijkheid van het renovatievoorstel van een percentage van het aantal huurders is uitgegaan. Dit kan tot onbillijkheden leiden indien een groot aantal huurders slechts een klein gedeelte (bijvoorbeeld 25%) van een complex huurt en één andere huurder 75% huurt. Numeriek overwicht uitgedrukt in een percentage kan er aldus toe leiden dat op basis van het percentage voorstemmers een renovatie kan worden gerealiseerd, terwijl materieel geen sprake is van een door de wetgever beoogde meerderheid. Omdat hierover nog geen jurisprudentie bestaat doen verhuurders er verstandig aan deze onbillijkheid te corrigeren in de huurovereenkomst en/of de bijbehorende algemene voorwaarden. De nieuwe regeling beoogt meer flexibiliteit voor de verhuurder, maar deze onbillijkheid moet dan nog wel worden weggecontracteerd.

Onvoorziene omstandigheden bij complexgewijze renovaties
De wetsgeschiedenis verwijst uitdrukkelijk naar het leerstuk der onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) waarmee tegenstemmende huurders zich tussentijds van de huurovereenkomst kunnen verlossen nadat de rechter het renovatievoorstel als 'redelijk' heeft geoordeeld. Dit lijkt een handreiking van de wetgever die de huurder(s) in die situatie de benodigde flexibiliteit verschaft maar is het uiteraard niet. Het is bekend dat de rechter uiterst terughoudend is bij de toepassing van dit leerstuk (zie paragraaf 7.5.3). Het verdient daarom de voorkeur dat de wetgever de daad bij het woord voegt en daartoe een op art. 6:258 BW geënte specialis toevoegt aan art. 7:220 lid 3 BW.

Onderhuur
Onderverhuur is een bevoegdheid onder voorwaarden geworden, hetgeen de huurder flexibiliteit oplevert. Deze flexibiliteit levert echter een schier onbeperkte beoordelingsvrijheid van de huurder op. Met betrekking tot de identiteit van de onderhuurder kan die tot ongewenste situaties leiden. Zo kan een huurder concurrentie weren indien zijn winkelpand hem te klein is geworden en verruilt voor een naastgelegen groter pand maar het achtergelaten pand onderverhuurt aan hem niet-concurrerende conveniërende ondernemer die evenwel op zijn beurt een wél met de hoofdverhuurder concurrerende onderonderhuurder in het pand laat. Voorts kan, in tegenstelling tot de wetgever meent, het type onderhuurder (persoon of aard van het bedrijf) naar mijn mening wel degelijk een negatieve invloed kan uitoefenen op de waarde van het pand. Met name in de horecabranche waarin men veelal met brouwerijcontracten werkt, kunnen zich fricties voordoen tussen onderhuurovereenkomsten en onderonderhuurovereenkomsten. Aldus lijkt de door de wetgever beoogde flexibiliteit te ver doorgeschoten. De bevoegdheid tot onderverhuur had naar mijn mening beperkt moeten blijven tot de eerste onderhuurovereenkomst. Een vereiste toestemming voor verdere onderverhuur, waartoe aan artikel 221 BW een tweede lid dient te worden toegevoegd voorkomt oncontroleerbaar gebruik van het pand.

Uit de uitgevoerde rechtsvergelijking blijkt duidelijk dat in België, Frankrijk en Zwitserland de wettelijke onderhuurregeling uitdrukkelijk is ingericht op het meewegen van het belang van de verhuurder in een korte en efficiënte rechtsgang waarbij de huurder toestemming verzoekt tot onderverhuur die formeel verboden is. Gelijk als de Zwitserse gebrekenregeling gaan de wettelijke onderhuurregelingen in België, Frankrijk en Zwitserland uit van een overwegend dwingendrechtelijk systeem waarbij de afwijkingen zorgvuldig gereguleerd zijn. Ik meen dat ook Nederland bij een dergelijk systeem gebaat is: het levert flexibiliteit op zonder dat aan de rechtszekerheid afbreuk wordt gedaan.

De opleveringsplicht aan het einde van de huur en tussentijds ontstane schade
Als gevolg de omkering van de bewijslast in art. 7:215 BW is de huurder in een aanmerkelijk gunstiger positie gebracht, omdat dit artikel bewerkstelligt dat de verhuurder erbij belang heeft dat bij aanvang van de huur een opleveringstaat wordt opgesteld en door beide partijen wordt ondertekend. Daarom is het opmerkelijk dat de huurder

voor eventuele schade aan de binnenzijde van het pand (behoudens brandschade) die tijdens de looptijd van de huurovereenkomst is ontstaan, krachtens art. 7:218 BW wordt opgezadeld met een wettelijk vermoeden van aansprakelijkheid. Met name bij voor de huurder niet kenbare bodemverontreiniging speelt dit een rol. De consequentie hiervan is dat bij aanvang van de huur, ter gelegenheid van het opmaken van de opleveringsstaat een bodemmonster onder het gehuurde moet worden gemaakt. Ik vraag mij af of de wetgever dit heeft onderkend. Een andere mogelijkheid is het wegdefiniëren van dergelijke schaden in de huurovereenkomst. In elk geval blijkt dat waar de wetgever de huurder met de ene hand meer flexibiliteit geeft deze met de andere hand gedeeltelijk terug neemt. Dit kan niet de bedoeling zijn geweest. Daarom dient art. 7:218 lid 2 BW in dier voege te worden gewijzigd dat naast brandschade ook schade als gevolg van bodemverontreiniging wordt vermeld, zodat beide schaden worden uitgesloten van het in art. 7:218 BW besloten wettelijk vermoeden.

6 De twee categorieën bedrijfsruimte

6.1 Inleiding

Zoals reeds in paragraaf 2.2.1 is uiteengezet, dient (ook in het nieuwe) wettelijk huurrecht vanuit wetssystematisch oogpunt te worden uitgegaan van detailhandelsbedrijfsruimte als hoofdcategorie. Deze hoofdcategorie wordt behandeld in de paragrafen 6.2 en 6.3. De overige bedrijfsruimte van artikel 7:230A BW is de wetssystematische restcategorie. Deze ondergeschiktheid is louter wetssystematisch en duidt niet op kwantitatieve ondergeschiktheid, omdat onder de categorie 'overige bedrijfsruimte' een aanzienlijk aantal gehuurde bedrijfspanden valt, waaronder met name kantoorpanden, opslagloodsen en fabrieken. Hierbij dient volledigheidshalve nog te worden vermeld dat als gevolg van de afschaffing van de Huurwet en de daarmee samenhangende inwerkingtreding van het nieuwe huurrecht per 1 augustus 2003, onder deze categorie niet alleen de geliberaliseerde bedrijfsruimte uit hoofdstuk VIA van de Huurwet valt, maar tevens de niet-geliberaliseerde bedrijfsruimte uit het overige gedeelte van de Huurwet. De categorie van de overige bedrijfsruimte wordt behandeld in paragraaf 6.4.

6.2 Wat is bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:290 BW?

De wetgever is binnen de definiëring van de hoofdcategorie in artikel 7:290 lid 2 BW uitgegaan van detailhandelsbedrijfsruimte, welke term in het dagelijkse spraakgebruik wordt gebruikt voor de aanduiding van de gehele 'artikel 7:290 lid 2 BW'-categorie, of, nog korter: de '290-bedrijfsruimte'. Die aanduidingen zijn niet zuiver, maar in het spraakgebruik wel zo gemakkelijk en voor iedereen te begrijpen. Voor een definiëring van al datgene dat onder het begrip detailhandelsbedrijfsruimte valt, dient ten eerste te worden geput uit de wet, waarin artikel 7:290 lid 2 BW de navolgende definitie geeft:

> Onder bedrijfsruimte wordt verstaan:
> a. een gebouwde onroerende zaak of gedeelte daarvan, die krachtens overeenkomst van huur en verhuur is bestemd voor de uitoefening van een kleinhandelsbedrijf, van een restaurant- of cafébedrijf, van een afhaal- of besteldienst of van een ambachtsbedrijf, een en ander indien in de verhuurde ruimte een voor het publiek toegankelijk lokaal voor rechtstreekse levering van roerende zaken of voor dienstverlening aanwezig is;
> b. een gebouwde onroerende zaak of gedeelte daarvan die krachtens zulk een overeenkomst bestemd is voor de uitoefening van een hotelbedrijf;
> c. een onroerende zaak die krachtens zulk een overeenkomst is bestemd voor de uitoefening van een kampeerbedrijf.

De wetgever beperkt met deze omschrijving het algemene begrip bedrijfsruimte. Ook Abas legt het accent op de beperkte strekking van het begrip,[1] niet alleen op grond van de wetsgeschiedenis doch tevens krachtens de wat oudere rechtspraak (tot 1977[2]). Abas signaleert in de periode na 1977 een tendens in de rechtspraak waarbij in twijfelgevallen het accent ligt op het aspect van de plaatsgebondenheid en het hierop gebaseerde belang van investerings- en dus huur(prijs)bescherming.

Tevens wordt uit deze omschrijving duidelijk dat de wetgever, zoals hierboven reeds is aangeduid, bij de categorisering van de twee soorten bedrijfsruimte uitgaat van detailhandelsbedrijfsruimte en de restcategorie wordt daarvan als niet-detailhandelsbedrijfsruimte afgeleid. Vanwege de op essentiële punten inhoudelijk volledig verschillende wettelijke regelingen bij elk van de twee categorieën is een scherpe afbakening van groot belang. In de praktijk levert dat regelmatig moeilijkheden op. In het huurrecht van bedrijfsruimte verdient het kwalificeren van een gehuurd object dan ook ruime aandacht. Met name omdat bij de vele twijfelgevallen het maken van een zuivere kwalificatie doorslaggevend is voor het toepasselijke regime, wordt de hierboven weergegeven wettelijke definitie van detailhandelsbedrijfsruimte onderstaand in tien onderdelen nader toegelicht. De eerste twee onderdelen hebben daarbij niet een onderscheidend vermogen tussen de 'artikel 7:290 lid 2 BW'-categorie en de 'artikel 7:230A BW'-categorie, doch zijn bepalend voor de vraag of titel 7.4 BW als geheel toepasselijk is naast de in beginsel immer toepasselijke algemene bepalingen. Niet alleen voor de volledigheid vanuit het oogpunt van de wettelijke definitie, doch ook ten behoeve van het inzicht in praktische huurrechtelijke knelpunten, worden ook deze onderdelen onderstaand behandeld.

De bedrijfsruimte, als eng begrip nader omschreven in artikel 7:290 lid 2 BW, kenmerkt zich door plaatsgebondenheid, een cruciaal element dat bij de categorie van de overige bedrijfsruimte in artikel 7:230A BW naar het oordeel van de wetgever geen enkele rol speelt. Deze plaatsgebondenheid is dan ook immer de achterliggende gedachte bij het beantwoorden van een kwalificatievraag, zeker in geval van twijfel. Uit de Parlementaire Geschiedenis (zie ook paragraaf 2.2) blijkt dat plaatsgebondenheid de navolgende vier elementen bevat:

1. de noodzaak om investeringen in een redelijke tijd af te schrijven;
2. het voorkomen van verplaatsings- en herinrichtingskosten;
3. het voorkomen van verlies aan goodwill; en
4. de onzekerheid van het vinden van een gelijkwaardige nieuwe vestigingsplaats.

---

1 Zie ook Asser-Abas 5-IIA (huur), p. 221 e.v.

2 Abas hanteert HR 2 december 1977, *NJ* 1979, 103 (waarin de Hoge Raad een passagebureau als twijfelgeval het voordeel van de twijfel gunt vanuit het oogpunt van de wetsstrekking) als markeringslijn.

In verband hiermee bestaat voor 'artikel 7:290 lid 2 BW'-bedrijfsruimte (met uitsluiting van het hotelbedrijf en het kampeerbedrijf) het wettelijke vereiste van het voor het publiek toegankelijke lokaal.

6.2.1 Onderdeel 1: 'een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan'

Het spreekt in het kader van dit boek welhaast voor zichzelf dat indien het huurrecht van bedrijfsruimte wordt behandeld, gesproken wordt over bedrijfsruimte in de vorm van een gebouwde onroerende zaak dan wel een gedeelte daarvan. Toch is deze vanzelfsprekendheid niet gerechtvaardigd, omdat uit artikel 7:290 lid 2 sub c BW blijkt dat ook een onbebouwd stuk grond met de bestemming tot kampeerbedrijf als detailhandelsbedrijfsruimte wordt beschouwd, hetgeen overigens slechts de enige wettelijke uitzondering is. De tweeledige vraag dringt zich hierbij op wanneer en op welke gronden een onroerende zaak als gebouwd dient te worden beschouwd.

Gebouwd of onbebouwd
Uit de tekst van artikel 7:290 lid 2 BW en art. 7:230A lid 1 BW blijkt dat slechts voor gebouwde onroerende zaken de wettelijke regelingen voor detailhandelsbedrijfsruimte en de overige bedrijfsruimte (resp. art. 7:290 e.v. BW en art. 7:230A BW) gelden. Voor ongebouwde onroerende zaken gelden slechts de algemene bepalingen (art. 7:201 BW t/m art. 7:230 BW). Bepalend voor de feitelijke waardering van de toestand van de onroerende zaak is het moment waarop de huurovereenkomst ingaat. Het moment waarop de huurovereenkomst tot een einde komt is van geen betekenis, ook al wordt een onbebouwd stuk grond op basis van een afspraak tussen partijen tussentijds bebouwd. Indien slechts het onbebouwde stuk grond voorwerp en bestemming is van de huurovereenkomst, blijft deze kwalificatie tot het einde gelden. Dit wordt blijkens vaste jurisprudentie slechts anders indien, nadat een opstal op het verhuurde stuk grond is opgetrokken, een nieuwe zelfstandige huurovereenkomst wordt aangegaan, welke uitdrukkelijk voorziet in de betreffende nieuwe bestemming van de zaak: een inmiddels bebouwde en tot bedrijfsruimte bestemde onroerende zaak. De partijbedoeling speelt daarbij derhalve een grote rol.[3]

De verhuurder zal, uiteraard in het geval de door de huurder gerealiseerde bebouwing met toestemming van de verhuurder is geschied, in een dergelijke situatie evenwel weinig behoefte hebben aan een nieuwe en met name op het punt van de gerealiseerde bebouwing aangepaste huurovereenkomst, vooral ingeval de huurder niet contractueel gehouden is de onroerende zaak te bebouwen. Immers, op deze wijze worden onherroepelijk de semi-dwingendrechtelijke bepalingen van artikel 290 e.v. BW en art. 7:230A BW van toepassing. Deze bieden niet de verhuurder maar juist de huurder de benodigde bescherming. Om deze reden blijft de huurder ondanks het feit dat hij

3 Zie bijv. Gerechtshof Den Bosch 12 februari 2003, *WR* 2003, 69 m. nt. J. Heikens en Gerechtshof Amsterdam 20 maart 2003, *WR* 2003, 70.

inmiddels tevens exploitant is van een bedrijf dat vanuit de gerealiseerde bebouwing wordt geëxploiteerd en mitsdien van oudsher wettelijke bescherming op basis van artikel 7:290 e.v. BW behoeft, doorgaans zitten met een huurovereenkomst waarop slechts de algemene bepalingen (artt. 7:201 BW t/m 7:231 BW) van toepassing zijn, die de huurder geen enkele opzeggings- en huurprijsbescherming bieden. Hierbij zij bovendien vermeld dat de huurder die aan het einde van de huur de (geoorloofde) bebouwing niet ongedaan maakt, weliswaar krachtens artikel 7:216 lid 3 BW in samenhang met artikel 6:212 BW een vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking tegen de verhuurder kan instellen aangaande de bebouwing op zichzelf, maar er niet van verzekerd is dat hij tevens aanspraak kan maken op compensatie voor verlies van goodwill en niet afgeschreven investeringen.[4] Een in de praktijk goed hanteerbare uitspraak is die van het Gerechtshof te Amsterdam van 7 maart 1996 over een verhuurd stuk strand.[5] Hieruit blijkt dat het verhuurde stuk strand waarop de huurder een demontabel strandpaviljoen exploiteerde dat elk jaar moest worden opgebouwd en afgebroken, dient te worden gekwalificeerd als een onbebouwde onroerende zaak. Veelal wordt voor de inhoudelijke kant van de kwalificatie op dit onderdeel aangehaald de uitspraak van de rechtbank te Leeuwarden van 6 februari 1992 over de vraag of een enkele tennisbaan wel of niet als een gebouwde onroerende zaak moest worden aangemerkt.[6] De rechtbank was in dit specifieke geval van oordeel dat er geen sprake was van een ongebouwde onroerende zaak, omdat het niet ging om een onbewerkt stuk land dat evengoed voor andere bestemmingen kon worden gebruikt. De baan bestond namelijk uit meerdere gravellagen, hetgeen volgens de rechtbank bijzondere aanlegwerkzaamheden nodig had gemaakt, die ongedaan hadden moeten worden gemaakt indien een andere bestemming aan het terrein zou worden gegeven. Daaraan voegde de rechtbank ten slotte nog toe dat de tennisbaan deel uitmaakte van een tennispark met vijftien banen met paviljoen en andere opstallen. Een soortgelijk geval betrof een aangelegd terras, waartoe bouwkundige voorzieningen waren getroffen. Het terras behoorde bij een kinderboerderij en werd gebruikt voor de verkoop van etenswaren, dranken en dergelijke. Volgens de kantonrechter kon niet worden gesproken van een onbewerkt stuk grond dat evengoed voor een andere bestemming kon worden gebruikt. Hij voegde daaraan nog toe dat het terras was bestemd daar duurzaam te blijven en een bouwsel is waaraan niet afdoet dat de hoogte slechts wordt gevormd door plaveisel.[7] Aldus wordt een praktische maatstaf geformuleerd die erop neerkomt dat 'bijzondere aanlegwerkzaamheden' het verschil maakt tussen een onbebouwde onroerende zaak en een gebouwde onroerende zaak. Deze wordt ook veelal in de jurisprudentie gehanteerd.[8] Op zichzelf is deze maatstaf niet toereikend. Specifiek in het huurrecht van bedrijfsruimte speelt bij de beoordeling wat nu wel en geen bijzondere aanleg-

4 HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 678; HR 16 juni 1995, *NJ* 1995, 705 en HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 740.

5 Gerechtshof Amsterdam 7 maart 1996, *KG*K 1996 (afl. 37), 1398. Hierin werd de eerdere uitspraak van de rechtbank te Alkmaar van 26 juni 1995 bekrachtigd.

6 Pres. Rb. Leeuwarden 6 februari 1992, *NJ* 1993, 343.

7 Ktr. Apeldoorn, 2 oktober 2002, *Prg*. 2003, 5976/*WR* 2003, 25.

werkzaamheden zijn nog een rol de vraag of de bijzondere aanlegwerkzaamheden de bedrijfsuitoefening van de huurder mogelijk maken. Immers, de 'bijzondere aanlegwerkzaamheden', bijvoorbeeld het aanleggen van nutsvoorzieningen en betonnen funderingen, maken de zaak niet meteen geschikt voor de door de huurder beoogde wijze van bedrijfsexploitatie.[9]

Zo kan gesproken worden van de in de jurisprudentie ontwikkelde maatstaf dat een onroerende zaak eerst als bebouwd kan worden aangemerkt indien op het moment waarop de huurovereenkomst ingaat, sprake is van bijzondere aanlegwerkzaamheden die de door de huurder beoogde bedrijfsexploitatie mogelijk maken.

Een gedeelte van een onroerende zaak
In de praktijk komt het vaak voor dat een kaasboer, een bakker, een slijter of een krantenwinkeltje wordt geëxploiteerd nabij de in- en uitgang van het winkelgedeelte van een grote supermarkt. De exploitant huurt in een dergelijk geval als zelfstandig ondernemer doorgaans een gedeelte van de hal van een supermarkt. Men spreekt in het huurrecht bedrijfsruimte dan van een 'winkel-in-winkel'. Het staat buiten kijf dat de supermarkt als grootwinkelbedrijf detailhandelsbedrijfsruimte is; voor de in een gedeelte daarvan geëxploiteerde detailhandel geldt volgens vaste jurisprudentie hetzelfde.[10] Uit de Parlementaire geschiedenis blijkt dat dit oordeel ook vanuit politiek oogpunt wordt aanvaard.[11] In de literatuur is dit echter niet onbestreden, waarbij wordt aangehaakt op het feit dat een dergelijke overeenkomst als concessie- of licentieovereenkomst in het verkeer wordt gebracht, waarbij de ingebruikgeving van en bepaalde ruimte wordt 'verpakt' als de verlening van een 'verkooprecht' (al of niet op exclusiviteitsbasis) of als een 'assortiment ondersteunende verkoopactiviteit'. Dergelijke overeenkomsten komen vaak voor bij de verkoop van cosmetica in warenhuizen (bijvoorbeeld de cosmeticawinkeltjes op de begane grond van de Bijenkorf-vestigingen). Zo benadrukt Van Hees[12] dat de overwegende strekking van een dergelijke overeenkomst is dat de gebruiker van de ruimte (de concessionaris) profiteert van de goodwill van de concessiegever en niet, gelijk de geest en strekking van art. 7:290 e.v. BW, zelfstándig goodwill opbouwt. Het gebruik van de ruimte is dan ook ondergeschikt aan

8 Zie bijvoorbeeld Ktr. Tiel 22 april 1998, *WR* 1998, 65 aangaande een ligplaats voor een woonboot, die als ongebouwd werd aangemerkt, alsook Ktr. Amersfoort 1 november 2000, *Prg.* 2001, 5596 over een sportpark bestaande uit voetbalvelden, clubhuis en kleedkamers.

9 Zie ook op dit punt de hiervoor reeds aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad van 20 februari 1998.

10 Ktr. Maastricht 28 november 1984, *Prg.* 1987, 2730, in hoger beroep bevestigd door Rb. Maastricht 23 april 1987 (rolnr. 460/1985), Hof Den Haag 8 januari 1987, *NJ* 1988, 619, HR 17 juli 1985, *NJ* 1986, 469, Rb. Arnhem 6 maart 1986, *NJ* 1987, 783 en Pres. Rb. Haarlem 9 april 1986, *KG* 1986, 225.

11 Men leze hiertoe de evaluatiebrieven van de Staatssecretaris van Economische Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 25 juni 1984 en 18 juni 1985 (Tweede Kamer, zitting 1983-1984, 17 553, nr. 26 resp. zitting 1984-1985, 17553, nr. 53).

12 A. van Hees, *De huur van een winkel in een winkel*, WPNR 5889 (1988), p. 561 e.v.

het profijt van de goodwill, gelijk als een patiënt in een ziekenhuisbed. De door de concessionaris betaalde periodieke vergoeding bestaat volgens Van Hees niet uit huurpenningen voor de door deze gebruikte ruimte doch uit een vergoeding van de goodwill die de concessiegever heeft opgebouwd en waarvan de concessionaris profiteert. De verplichting van de concessiegever is niet het in gebruik geven van een bepaalde ruimte doch het in stand houden van de goodwill. Bovendien, zo stelt Van Hees, is er geen sprake van een bepaalde (afgescheiden) ruimte die in gebruik gegeven wordt, doch slechts uit een gedeelte van het vloeroppervlak, waarvan bovendien de locatie door de concessiegever eenvoudig kan en mag worden gewijzigd, bijvoorbeeld bij een herinrichting van het warenhuis. Bovendien stelt Van Hees dat de cumulatieregel van art. 7A:1624 lid 2 BW (vgl. het huidige art. 6:215 BW) aangaande de combinatie van een huurovereenkomst en een andere overeenkomst van beperkte strekking is, omdat deze slechts ziet op de combinatie van een verhuurd object en een verpachte onderneming. Om deze redenen acht Van Hees geen sprake van een huurovereenkomst doch van een overeenkomst met een geheel eigen karakter: 'een overeenkomst strekkende tot het verlenen van een recht tot verkoop van bepaalde waren'. De Hoge Raad maakte vijf jaar later in het onderstaand te behandelen Geminiziekenhuisarrest korte metten met deze redenatie. Het huren van een kiosk in een hal van een ziekenhuis werd als (onzelfstandige) detailhandelsbedrijfsruimte in de zin van het (toenmalige) art. 7A:1624 BW gekwalificeerd, waarbij nauwelijks aandacht werd besteedt aan argumenten die Van Hees eerder had ontwikkeld, hetgeen op zichzelf reeds veelbetekenend is voor het belang van de ruime strekking van art.7:290 lid 2 BW.

De hierboven reeds aangehaalde variant op het geval van de cosmeticawinkel in de Bijenkorf-vestiging (winkel-in-winkel) is een winkel of koffiebar in de hal van een ziekenhuis (een 'winkel-in-niet-winkel'). De visie van Van Hees doelde ook op deze variant, Daarbij dient te worden benadrukt dat zijn visie in 1993 met zoveel woorden door de Hoge Raad werd verworpen in juist een winkel-in-niet-winkelgeval, dat echter als apart fenomeen op zichzelf beschouwd nadere aandacht verdient. In een dergelijk geval is (bijvoorbeeld) een ziekenhuis op zichzelf beschouwd bepaald niet te kwalificeren als een detailhandelsbedrijfsruimte, met name omdat het publiek beperkt is tot patiënten, bezoekers en ziekenhuispersoneel. Omdat de contractuele verhouding tussen de exploitant en het ziekenhuis ook kenmerken vertoont van een concessieovereenkomst, was het (tot 1993) niet zonder meer vanzelfsprekend dat het daarin geëxploiteerd winkeltje of de koffiebar als detailhandel moet worden aangemerkt, zeker indien de ziekenhuisdirectie op de bedrijfsvoering invloed heeft door te participeren in het bedrijfsrisico en door inspraak in het assortiment (geen alcoholhoudende drank) en personeelsbeleid van de winkelier. Het enkele huren van de (gebouwde) ruimte om vanuit daar een winkel annex koffiebar te exploiteren verdient evenwel reeds om wetshistorische redenen bedrijfshuurrechtelijke bescherming vanuit het oogpunt van plaatsgebondenheid; met name omdat de huurder als ondernemer op een specifieke locatie goodwill opbouwt. Vanwege aarzelingen omtrent de beantwoording van de vraag of een dergelijk object wel een voor publiek bestemd lokaal was, zoals de wet (in het nieuwe huurrecht) in artikel 7:290 lid 2 BW voorschrijft, duurde het enige

tijd voordat de Hoge Raad in een dergelijke kwestie in het voordeel van de huurder besliste. Eerst in 1993 oordeelde de Raad dat zo'n winkel-in-niet-winkel als detailhandelsbedrijfsruimte dient te worden gekwalificeerd. De kring van (potentiële) klanten van de huurder-ondernemer was volgens de Raad in dat geval ruim voldoende.[13] Dat de visie van Van Hees haaks staat op de geest en de beschermende ruime strekking van de wet stelde Venekatte reeds in 1991.[14] Zij stelt de strekking van de wet voorop door te benadrukken dat het huren van een bepaald vloeroppervlak in een warenhuis of ziekenhuis simpelweg een bedrijfsruimte is, waarvan de locatie zonder toestemming van de gebruiker niet mag worden gewijzigd. Bovendien rekent de klant af bij de gebruiker: daardoor is de locatie voor de klant kenbaar waardoor deze bovendien daardoor ter plaatse directe goodwill opbouwt, waardoor deze zich onderscheidt van andere soortgelijke winkels om zich heen. Het gedegen gemotiveerde betoog van Venekatte is welbeschouwd in 1993 door de Hoge Raad bevestigd. Wel wekt het debat tussen Van Hees en Venekatte de vraag op of misschien toch nog een andere oplossing mogelijk was voor de betreffende kwalificatievraag. Naar mijn mening bestond die namelijk. Toepassing van de in paragraaf 4.4 behandelde commanditaire vennootschap kon op basis van dezelfde feiten zowel in het geval van een winkel-in-winkel als in het geval van een winkel-in-niet-winkel met succes (semi-)dwingendrechtelijke regelgeving ecarteren. Indien Van Hees en Venekatte dit fenomeen bij hun debat hadden betrokken was de uitkomst anders geweest.

Bij een boekenstal in een universiteitshal waarbij het publiek om meerdere redenen beperkt is, is een cruciaal feit anders en kan de kwalificatie, in de lijn van de leer van de Hoge Raad sedert 1993, om deze reden anders uitvallen.[15] Zowel aangaande de door de verhuurder ter beschikking gestelde gebouwde zaak, maar ook en vooral indien een gedeelte daarvan wordt verhuurd, is van belang dat de ter beschikking gestelde zaak (als een van de twee basisvereisten van de huurovereenkomst) voldoende bepaalbaar is (zie hoofdstuk 1). Het belang hiervan blijkt bijvoorbeeld uit het geval waarbij een cateraar de uitvaartonderneming betaalde voor het recht om de catering bij begrafenissen te verzorgen. Ondanks het feit dat dit steeds op dezelfde locatie geschiedde, achtte het Gerechtshof Amsterdam dat geen sprake was van voldoende bepaalbaar gebruik (in het oude recht 'genot' geheten) en oordeelde dat er op dit onderdeel niet van een huurovereenkomst kon worden gesproken.[16]

Onroerend of roerend

Artikel 3:3 BW geeft de wettelijke definitie van onroerende en roerende zaken. Artikel 3:3 lid 1 BW luidt:

---

13 In HR 18 juni 1993, *NJ* 1993, 614 hakte de Hoge Raad de knoop door, na eerdere andersluidende lagere rechtspraak (Ktr. Rotterdam 16 oktober 1980, *NJ* 1981, 182, Rb. Amsterdam 17 juli 1985, *NJ* 1986, 469; Gerechtshof Den Haag 8 januari 1987, *NJ* 1988, 619).

14 E. Venekatte, *De grenzen van art. 7A:1624 BW*, 1991, p. 4 e.v.

15 Ktr. Rotterdam 16 oktober 1980, *NJ* 1981, 182.

16 Gerechtshof Amsterdam 22 mei 1997, *KG* 1997, 196.

> Onroerend zijn de grond, de nog niet gewonnen delfstoffen, de met de grond verenigde beplantingen, alsmede de gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen.

Artikel 3:3 lid 2 BW luidt:

> Roerend zijn alle zaken die niet onroerend zijn.

Krachtens artikel 3:4 lid 1 BW zijn tevens bestanddelen van de onroerende zaak als onroerend aan te merken:

> Al hetgeen volgens verkeersopvatting onderdeel van een zaak uitmaakt, is bestanddeel van die zaak.

Artikel 3:4 lid 2 BW vervolgt dan met:

> Een zaak die met een hoofdzaak zodanig verbonden wordt dat zij daarvan niet kan worden afgescheiden zonder dat beschadiging van betekenis wordt toegebracht aan een der zaken, wordt bestanddeel van de hoofdzaak.

Uit de Parlementaire Geschiedenis[17] blijkt dat het oorspronkelijke ontwerp Meijers in art. 3.1.1.2 OBW een ruimer geformuleerde definitie voor ogen had: zich op de grond bevindende opstallen en hun hulpzaken dienden volgens Meijers als onroerend te worden aangemerkt. Voor de kwalificatie 'opstal' eiste Meijers niet meer dan dat sprake was van een 'constructie van enige stabiliteit'. Zo haalt hij een directiekeet aan als voorbeeld van een onroerende zaak. De wetgever heeft nadien de definiëring beperkt. De 'opstallen' van Meijers zijn veranderd door 'gebouwen en werken' die bovendien 'duurzaam met de grond' moesten zijn 'verenigd'. Ergo: zonder een dergelijke duurzame vereniging met de grond moest een zaak als roerend worden beschouwd, zoals een directiekeet. In de praktijk is het niet altijd eenvoudig om in een bepaalde kwestie te bepalen of een zaak onroerend dan wel roerend is. Zo is een op een rails gemonteerde wasstraat een roerende zaak gebleken[18] evenals een paviljoen dat geplaatst werd in het kader van een publieke manifestatie.[19] In 1975 heeft de Hoge Raad in het zgn. Amercentrale-arrest[20] geoordeeld dat een grote lekkende tank een gebouw was in de zin van het toenmalige art. 1405 BW, omdat het hier een bouwsel betrof dat naar aard en inrichting bestemd was om duurzaam ter plaatse te blijven waarbij niet van belang is of technisch de mogelijkheid zou hebben bestaan het te verplaatsen.

---

17 Parlementaire Geschiedenis NBW (PG), Boek 3, 1981, p. 66 e.v.
18 Gerechtshof Den Bosch 16 september 1997, *KG* 1997, 385.
19 Rb. Rotterdam 24 januari 1973, *Prg*. 1973, 890.
20 HR 13 juni 1975, *NJ* 1975, 509, m. nt. G. J. Scholten.

Naar aanleiding van deze uitspraak van de Hoge Raad heeft de wetgever dit ruim geformuleerde criterium in 1992 mede ten grondslag gelegd aan art. 6:174 BW (zie met name het derde lid, derde alinea daarvan), als opvolger van art. 1405 BW welk criterium nadien door de rechtspraak van toepassing is verklaard op het goederenrecht.[21] Een eerste concrete toepassing daarvan door de Hoge Raad volgde in 1997. De Hoge Raad heeft in een uitspraak in 1997 over een zgn. 'portocabin' vier eerder in die procedure door het Gerechtshof in de praktijk hanteerbare maatstaven bekrachtigd aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of een zaak onroerend of roerend is[22]:

1. Een gebouw kan duurzaam met de grond verenigd zijn in de zin van art. 3:3 BW, doordat het naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven (…). Niet van belang is dan meer dat technisch de mogelijkheid bestaat het bouwsel te verplaatsen (…).
2. Bij de beantwoording van de vraag of een gebouw of een werk bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven, moet, zoals in de MvA II betreffende art. 3:3 (…) is opgemerkt, worden gelet op de bedoeling van de bouwer voor zover deze naar buiten kenbaar is. Onder de bouwer moet mede worden verstaan degene in wiens opdracht het bouwwerk wordt aangebracht.
3. Zoals tot uiting komt in de hiervoor onder 2 vermelde passage uit de MvA II, dient de bestemming van een gebouw of een werk om duurzaam ter plaatse te blijven naar buiten kenbaar te zijn. Dit vereiste vloeit voort uit het belang dat de zakenrechtelijke verhoudingen voor derden kenbaar zijn.
4. De verkeersopvattingen kunnen – anders dan de vraag of iets bestanddeel is in de zin van art. 3:4 BW – niet worden gebezigd als een zelfstandige maatstaf voor de beoordeling van de vraag of een zaak roerend of onroerend is. Zij kunnen echter wel in aanmerking worden genomen in de gevallen dat in het kader van de beantwoording van die vraag onzekerheid blijkt te bestaan of een object kan worden beschouwd als duurzaam met de grond verenigd, en voor de toepassing van die maatstaf nader moet worden bepaald wat in een gegeven geval als 'duurzaam' onderscheidenlijk 'verenigd' en in verband daarmee als 'bestemming' en als 'naar buiten kenbaar' heeft te gelden.

De door de Hoge Raad in 1997 geformuleerde maatstaven blijken in de praktijk doorgaans te worden gevolgd. In een arrest van het Gerechtshof Den Haag in 2001 werd geoordeeld dat zeecontainers die al sinds 1991 als opslag werden verhuurd onroerende zaken waren omdat de bedoeling om de containers duurzaam ter plaatse te laten blijven naar buiten kenbaar was, in welke situatie ook geen verandering zou komen en waarbij deze door vochtinwerking ook niet meer voor andere doeleinden geschikt waren.[23] Met de uitspraak uit 1997 lijkt de Hoge Raad dus het criterium van

21 Parlementaire Geschiedenis NBW (PG), Boek 3, p. 8.
22 HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998, 97.
23 Gerechtshof Den Haag 7 juni 2001, *Vakstudie Nieuws* 2001/52-20.

art. 3:3 BW (duurzaam met de grond verenigd) definitief te hebben verruild voor het oorspronkelijk alleen voor art. 6:174 BW geformuleerde criterium (naar aard en inrichting bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven). De toepassing van het bestemmingscriterium blijkt voorts uitdrukkelijk uit het aanmerken van grafzerken als onroerende zaak, waarbij het volgens de Hoge Raad niet van belang is dat grafrechten doorgaans slechts voor bepaalde tijd worden verleend.[24] Ook de zgn. UPC-arresten uit 2003 volgen deze lijn, waarbij een kabelnetwerk dat in eigendom van de Gemeente was, onder verwijzing naar het Portocabin-arrest uit 1997 als onroerend werd aangemerkt. De Hoge Raad oordeelde dat het kabelnetwerk 'mede gelet op de bedoeling van degene door wie of in wiens opdracht het is aangelegd bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven' en dus onroerend is, hetgeen overigens niet betekende dat de Gemeente ook eigenaar van het kabelnetwerk was geworden omdat de toenmalige Wet op de Telecomvoorzieningen in art. 36 bepaalde dat de eigendom bij de concessiehouder berustte.[25]

Via toepassing van art. 3:4 BW kan de uitkomst anders uitpakken. Zo oordeelde de Rechtbank Zwolle in 2002 dat een (door het energiebedrijf verhuurde) warmtekrachteenheid ('WKE') bestaande uit een gasmotor en een generator als een roerende zaak dient te worden aangemerkt omdat deze (1) door de verhuurder werd onderhouden, (2) volgens verkeersopvattingen voldoende zelfstandigheid behield om als bestanddeel te kunnen worden aangemerkt en bovendien (3) niet duurzaam met de grond was verenigd.[26] Een ander voorbeeld is het geval van een aanlegsteiger in de Vecht die zodanig aan de oever was bevestigd dat deze zonder beschadiging zou kunnen worden verwijderd met als gevolg dat deze niet als bestanddeel in de zin van artikel 3:4 BW kon worden aangemerkt. Bij dat oordeel lag het accent niet zozeer op de verkeersopvattingen (de stelling 'een steiger maakt altijd onderdeel uit van de oever', vond het Gerechtshof, naar het oordeel van de Hoge Raad terecht, te ver gaan) doch op de constructieve afstemming tussen de zaak en de grond (oever) die om deze reden als roerend werd gekwalificeerd. De steiger kon in dat geval namelijk zonder beschadiging van betekenis van de grond worden verwijderd.[27] Aldus vormen de 'constructieve afstemming' en de 'verkeersopvattingen' in de lagere rechtspraak twee belangrijke ijkpunten bij de beantwoording van de vraag of een zaak onder toepassing van art. 3:4 BW roerend of onroerend is. Zoals uit de uitspraak van de Rechtbank Zwolle blijkt, kan het bestaan en de inhoud van een huurovereenkomst bij de concrete invulling van verkeersopvattingen van betekenis zijn.

24 HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003, 241, m. nt. WMK.
25 HR 6 juni 2003, nrs. 36 075 en 36 076, *Vakstudie Nieuws* 2003/34-16 en 17.
26 Rb. Zwolle 3 april 2002, *Prg*. 2002, 5913.
27 HR 28 februari 2003, *NJ* 2003, 272. Zie ook P. C. Slangen over deze uitspraak in *NTBR* 2003, 7, p. 423 t/m 425.

Objectief criterium versus subjectief criterium
De lagere rechtspraak lijkt in overeenstemming te zijn met de in de literatuur bekritiseerde opmars van het bestemmingscriterium.[28] Deze kritiek komt erop neer dat de (goederenrechtelijke) bedoeling van het objectieve criterium in art. 3:3 BW van de wetgever door de Hoge Raad is geschonden: het ruim geformuleerde en subjectieve criterium van het Amercentrale-arrest heeft krachtens art. 6:174 BW een puur verbintenisrechtelijke grondslag en kan niet zomaar in het goederenrecht worden geïmplementeerd. Met name om te voorkomen dat via art. 3:3 BW (bestemming tot onroerende zaak staat voorop) een zaak sneller als onroerend kan worden aangemerkt dan onder toepassing van art. 3:4 BW (duurzame verenigdheid met de grond staat voorop) dient het accent (aangaande bijv. zeecontainers, prefab vakantiehuisjes, portocabins, grafzerken en stacaravans) geheel conform de bedoeling van de wetgever[29] te (blijven) liggen op het goederenrechtelijke aspect van de duurzaamheid, waarbij 'duurzaam' – strikt – behoort te worden uitgelegd als 'permanent'. Dit laatste is bovendien in overeenstemming met het algemene niet-normatieve karakter van het goederenrecht.[30] Ook vanuit het Europese recht wordt een strikt objectief criterium gehanteerd, op grond waarvan bijvoorbeeld een zeecontainer als roerende zaak zal moeten worden aangemerkt.[31]

De kritiek is qua timing enigszins opmerkelijk omdat de Hoge Raad eenvoudigweg de aloude (onbestreden) criteria van de Amercentrale- en Portocabin-arresten ('bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven') toepast. Wel stemt de kritiek tot overpeinzing omdat met de snelle kwalificatie van een zaak tot onroerende zaak als gevolg van het door de Hoge Raad in het goederenrecht toegepaste en vanuit het verbintenissenrecht overgeplante subjectieve bestemmingscriterium ook de veelal verregaande huurrechtelijke semi-dwingendrechtelijke bescherming zoals vastgelegd in art. 7:290 e.v. BW en in art. 7:230A BW vlotter in beeld komen.[32] De huurder van bedrijfsruimte (van beide categorieën) is derhalve gebaat bij toepassing van de leer van de Hoge Raad.

---

28 Zie bijv. H. W. Heijman, 'Wanneer is een gebouw of werk "duurzaam met de grond verenigd"', in de bundel *Open normen in het goederenrecht*, 2000, p. 91-122, alsook de bijdragen van A. A. van Velten in *WPNR* 1997, 6285, p. 667-671 en in *WPNR* 2003, 6557, p. 908-910; S. C. J. J. Kortmann in *AA* 1998, nr. 2, p. 101-105, J. Kruimel, 'De gemeentelijke belastingen op roerende woon- en bedrijfsruimten zijn deels overbodig', *WFR* 2002, p. 314-317, M. Tap, 'De stacaravan in Nederland van lust tot last', *NJB* 2003, afl. 17, p. 883-884, T. J. van der Ploeg in *NJB* 2003, afl. 25, p. 1287-1289 en H. D. Ploeger in *WPNR* 2002, 6497, p. 519-522. Genuanceerder (vanuit fiscaal perspectief) is: M. M. van den Broek en E. Bongers, 'Kabelnetwerkinfrastructuur on(t)roerend!', *WPNR* (2003), 6540 p. 539 t/m 544.

29 S. C. J. J. Kortmann in *AA* 1998, nr. 2, p. 104.

30 C. A. Adriaansens, 'Onroerend of niet?' in de bundel opstellen *Vast en goed*, 2003, p. 8.

31 Dit blijkt uit de uitspraak van het Europese Hof in de kwestie Rudolf Maierhofer/Finanzamt Augsburg-Land (*BNB* 2002, 123 c, p. 1254 e.v.) over prefab woongebouwen voor asielzoekers die op voor minimaal 5 jaar verhuurde grond waren geplaatst. Het Hof hanteerde hier nadrukkelijk het objectieve criterium ('firmly fixed to or in the ground') onder expliciete afwijzing van het subjectieve criterium zoals de voorgenomen tijdsduur van plaatsing.

32 Evers, p. 18 gaat opmerkelijk genoeg geheel voorbij aan dit debat.

6.2.2 Onderdeel 2: '(…) krachtens overeenkomst van huur en verhuur (…)'

Weinig toelichting behoeft het dat, mede gezien de titel van dit boek, sprake moet zijn van een huurovereenkomst. Daar dit onderwerp uitgebreid in paragraaf 1.3 aan de orde is gekomen, wordt voor een nadere toelichting van onderdeel 2 daarnaar verwezen.

6.2.3 Onderdeel 3: '(…) bestemd voor de uitoefening (…)'

Het belang van de bestemming
Indien komt vast te staan dat sprake is van een gebouwde onroerende zaak, dringt de vraag zich op welke de bestemming van de betreffende gebouwde onroerende zaak is. Meer concreet luidt de tweeledige vraag: wat hebben partijen bedoeld en wat zijn ze overeengekomen?[33] Bij de beantwoording daarvan wordt uitdrukkelijk meegewogen het feitelijk gebruik door een eventuele onderhuurder.[34] In het nieuwe huurrecht kan daaraan nog een derde dimensie worden toegevoegd. Artikel 7:214 BW verplicht de huurder namelijk in het geval geen bestemming is overeengekomen, de verhuurde gebouwde onroerende zaak conform bestemming naar zijn aard te gebruiken.

De beantwoording van de vraag welke de bestemming van een bedrijfsmatig verhuurde onroerende zaak is, is belangrijk omdat mede hieruit de vaststelling voortvloeit of de toepasselijkheid van artikel 7:230A BW op grond van de tekst van lid 1 daarvan automatisch een feit is. De twee verschillende wettelijke regelingen leveren voor elk daarvan op essentiële onderdelen andere rechtsposities van huurcontractspartijen op. Teneinde optimale rechtszekerheid over de toepasselijkheid van de wettelijke regeling van detailhandelsbedrijfsruimte te verwerven dienen huurder en verhuurder in de huurovereenkomst vast te leggen dat het gehuurde is bestemd om te worden gebruikt door een van de in artikel 7:290 lid 2 BW genoemde bedrijven: het kleinhandelsbedrijf (= detailhandelsbedrijf), het ambachtsbedrijf, het kampeerbedrijf of de afhaal- en besteldienst. Blijkens vaste jurisprudentie speelt de contractuele bestemming van een verhuurd object bij de beantwoording van de kwalificatievraag voor de rechter een belangrijke rol. Een voortdurend terugkerende frase in het oordeel van de rechter in de jurisprudentie over kwalificatiekwesties luidt dan ook: 'Beslissend is hetgeen partijen, mede in aanmerking genomen de inrichting van het gehuurde, bij het sluiten van de huurovereenkomst omtrent het gebruik van het gehuurde voor ogen heeft gestaan.' De naamgeving van de huurovereenkomst is daarbij op basis van deze zelfde jurisprudentie van ondergeschikte betekenis, onafhankelijk van de vraag of die naamgeving

33 Pres. Rb. Amsterdam 28 april 1994, *KG* 1994, 181; de bestemming veronderstelt een gebondenheid van met name de huurder tot bestemmingsconform gebruik als vastgelegd in art. 7:214 BW.
34 HR 20 juni 1975, *NJ* 1975, 476 en HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 550.

bedoeld of onbedoeld afwijkend ten opzichte van de feitelijke bestemming is.[35] Zelfs de tekst van de bestemmingsclausule in de huurovereenkomst is niet doorslaggevend.[36] De bedoeling van beide partijen is essentieel.
Een heldere afgesproken bestemming van het gehuurde behoeft evenwel niet altijd automatisch de weg naar het toepasselijke wettelijke huurregime te wijzen. Het staat partijen immers niet vrij een bestemming overeen te komen die afwijkt van de semi-dwingendrechtelijke bestemming van een gehuurd pand als bedoeld in artikel 7:290 lid 2 BW,[37] waarbij zij aangetekend dat uit lagere rechtspraak blijkt dat het in de praktijk voorkomt dat daaraan niet strikt de hand wordt gehouden.[38] Het is overigens, in omgekeerde zin, partijen wel toegestaan ingeval het feitelijke gebruik overeenkomt met overige bedrijfsruimte, vrijwillig te kiezen voor de bestemming die valt onder de vigeur van de detailhandelsbedrijfsruimte als bedoeld in artikel 7:290 BW, omdat artikel 7:230A BW geen semi-dwingendrechtelijke opsomming van de onderscheidene soorten bedrijfsruimten kent, in tegenstelling tot hetgeen bij artikel 7:290 lid 2 BW het geval is.

Eenzijdige feitelijke bestemmingswijziging van het gehuurde bedrijfspand kan niet leiden tot verandering in de toepasselijke wettelijke regelgeving op dit onderdeel, tenzij de huurder kan aantonen dat de verhuurder deze bestemmingswijziging stilzwijgend heeft gedoogd, zodat de huurder gerechtvaardigd erop kon vertrouwen dat de verhuurder met de gewijzigde bestemming heeft ingestemd. De huurder heeft in een dergelijk geval ingevolge artikel 3:35 BW een bepaald zware bewijslast,[39] maar uit de praktijk blijkt dat het voor de huurder niet geheel onmogelijk is daaraan te voldoen, zeker indien sprake is van schriftelijke en (aantoonbare) mondelinge uitingen en (aantoonbare) gedragingen van de verhuurder.[40]

Het feit dat de huurder diens verplichting op het onderdeel van de overeengekomen bestemming jegens de verhuurder niet nakomt, moge dan niet betekenen dat het huurrechtelijke regime ongewijzigd blijft, het houdt wel in dat de huurder jegens de verhuurder zijn contractuele gebruiksverplichtingen niet nakomt (zie paragraaf

35 Rb. Amsterdam 4 juli 1984, *NJ* 1985, 327/*Prg*. 1985, 2258; Gerechtshof Den Haag 8 april 1992, *Prg*. 1993, 3852; HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 215; Pres. Rb. Amsterdam 28 april 1994, *KG* 1994, 181; Ktr. Amsterdam 1 maart 1996, *Prg*. 1996, 4537, HR 7 februari 1997, *NJ* 1997, 424; Gerechtshof Amsterdam 26 juni 1997, *KG* 1997, 223/*WR* 1998, 27; Rb. Alkmaar 18 september 1997, *WR* 1998, 13; HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 740 en HR 22 oktober 1998, *NJ* 2000, 209.

36 Ktr. Amsterdam 13 april 1995, *WR* 1995, 69; Ktr. Delft 23 mei 1996, *Prg.* 1996, 4636; Ktr. Groenlo 2 december 1996, *WR* 1997, 29 en Ktr. Hilversum 27 juni 2000, *WR* 2001, 54.

37 HR 30 januari 1981, *NJ* 1981, 378.

38 Ktr. Amsterdam 12 november 1971, *Prg.* 1972, 754 en Ktr. Hoorn 14 februari 1975, *Prg*. 1976, 1040.

39 Pres. Rb. Amsterdam 13 februari 1997, *WR* 1997, 57; Ktr. Terneuzen 3 september 1997, *Prg*. 1998, 4911 en Pres. Rb. Utrecht 28 oktober 2001, *WR* 2002, 6.

40 Rb. Amsterdam 21 juni 1978, *Prg.* 1978, 1304; Gerechtshof Amsterdam 26 juni 1997, *KG* 1997, 223/*WR* 1998, 27.

5.4) en dat kan, mits toerekenbaar en voldoende ernstig, tot ontbinding van de huurovereenkomst en ontruiming van het gehuurde leiden, onafhankelijk van het huurrechtelijke regime waaronder de gebouwde onroerende zaak valt. Zo leidde de eenzijdige bestemmingswijziging van een internetcafé naar een volwaardig café met bijbehorende muziek c.q. overlast aan derden prompt tot ontruiming.[41] Is niet duidelijk dat een bepaalde bestemming is overeengekomen waartoe de huurder jegens de verhuurder verplicht is, dan leidt een vordering van de verhuurder strekkende tot ontbinding van de huurovereenkomst en ontruiming van het gehuurde wegens afwijkend gebruik onder het oude huurrecht bedrijfsruimte tot niets.[42] In het nieuwe huurrecht bedrijfsruimte biedt het hierboven reeds aangeduide artikel 7:214 BW de huurder meer bescherming. Indien deze op de voet van artikel 7:214 BW het gehuurde gebruikt conform bestemming naar de aard van het gehuurde, hetgeen bepaaldelijk een ruime formulering is, dan voldoet de huurder daarmee op dit onderdeel onverkort aan diens verplichtingen jegens de verhuurder en zal van ontbinding en ontruiming op dit onderdeel niet snel sprake zijn. De verhuurder blijft echter niet geheel met lege handen zitten. Verschil van mening over de kwalificatie als gevolg van een onduidelijke bestemming kan (onder de vigeur van detailhandelsbedrijfsruimte) namelijk leiden tot opzegging en beëindiging van de huurovereenkomst op de voet van artikel 7:296 lid 4 sub c BW, indien de verhuurder de huurder een redelijk aanbod doet voor het aangaan van een nieuwe huurovereenkomst, welk aanbod door de huurder niet wordt aanvaard.[43]

Is de bestemming eenduidig, dan leidt dat tot de kwalificatie van de huur tot ofwel detailhandelsbedrijfsruimte ofwel overige bedrijfsruimte. Is de bestemming tweeledig, dan is sprake van een gemengde huurovereenkomst en dient de kwalificatievraag te worden bepaald op grond van de jurisprudentie die is gebaseerd op de in paragraaf 1.7 aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad van 15 januari 1993. Zie daarover met name de uiteenzetting in paragraaf 13.6.

6.2.4 **Onderdeel 4: '(…) van een kleinhandelsbedrijf (…)'**

Artikel 7:290 lid 2 BW noemt een aantal bedrijven uitdrukkelijk bij hun bestemming: het kleinhandelsbedrijf, het restaurant- en cafébedrijf, de afhaal- en besteldienst, het ambachtsbedrijf, het hotelbedrijf en het kampeerbedrijf. Alleen voor het hotelbedrijf en het kampeerbedrijf geldt niet het aanvullende vereiste dat sprake moet zijn van een voor publiek toegankelijk lokaal voor de rechtstreekse levering van roerende zaken en dienstverlening. Geheel in de lijn van de wethistorische ontwikkeling staat bij deze twee soorten bedrijf de plaatsgebondenheid en daarmee de noodzaak van investerings-

41 Voorzieningenrechter Amsterdam, 21 februari 2002, *WR* 2002, 47.
42 Rb. Amsterdam 9 februari 1994, *WR* 1994, 33; Ktr. Groenlo 2 december 1996, *WR* 1997, 29 en HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 728.
43 HR 15 mei 1992, *NJ* 1992, 727.

bescherming buiten discussie, het is een naar de aard van die bedrijven wettelijk gegeven. Deze met name door de wetgever genoemde bedrijven zijn namelijk per definitie afhankelijk van passanten die de vanuit de publiek toegankelijke lokalen van die bedrijven aangeboden producten kopen of van de van daaruit aangeboden diensten gebruikmaken.

In de praktijk spreekt men voor de gehele 'artikel 290 lid 2 BW-' of, nog korter, de '290-categorie' van middenstandsbedrijfsruimte of detailhandelsbedrijfsruimte, hetgeen, zoals hierboven reeds is vermeld, wetssystematisch niet zuiver is, maar wel algemeen aanvaard. Bij de beantwoording van de vraag of een bedrijf dat niet uitdrukkelijk is genoemd in de wettelijke definitie maar er wel dicht in de buurt komt, ook onder de detailhandelsbedrijfsruimte valt, staat immer de beantwoording van de doorslaggevende vraag centraal of sprake is van plaatsgebondenheid.[44]

De definitie van een kleinhandelsbedrijf
Wat onder kleinhandelsbedrijf precies moet worden verstaan, blijkt niet uit de wet en evenmin uit de Parlementaire Geschiedenis. Kleinhandel (of: detailhandel) betreft winkelbedrijven, van groot (de Bijenkorf) tot klein (de bakker), waarbij het spraakgebruik volgens de Hoge Raad mede bepalend is.[45] Detailhandel is het oertype van de 'artikel 7:290 lid 2 BW'-categorie, waarin, zoals vermeld, de plaatsgebondenheid een wettelijk gegeven is. Het grootwinkelbedrijf dat in de praktijk voor dezelfde moeilijkheden als een kleinere winkel kan komen te staan, valt, hoewel het woord op zichzelf beschouwd anderszins doet vermoeden, eveneens onder de term 'kleinhandelsbedrijf'. De plaatsgebondenheid is, zo blijkt uit de Parlementaire Geschiedenis[46], niet aanwezig bij een groothandel, een administratiekantoor of een vrije beroepsbeoefenaar als een advocaat, accountant, arts of notaris. Met name bij vrije beroepsbeoefenaren is de binding persoonsgebonden en niet locatiegebonden. Het belang van een speciale inrichting waarin geïnvesteerd moet worden om klanten te trekken, zoals bij winkels noodzakelijk is, is bij deze beroepsgroep niet aanwezig. De beroepsuitoefenaar zit, naar veronderstelling van de wetgever, achter een bureau en het maakt de cliënt niet uit waar dat bureau staat. Contacten met cliënten geschieden doorgaans telefonisch en schriftelijk.[47] Een apotheek is een regelmatig in de jurisprudentie terugkerend twijfelgeval, omdat deze niet alleen als vrije beroepsbeoefenaar op doktersrecept medicijnen verkoopt, maar ook drogisterijproducten ter verkoop aanbiedt, zoals drop.

---

44 HR 30 januari 1981, *NJ* 1981, 378; HR 1 juni 1984, *NJ* 1985, 31; HR 19 maart 1993, *NJ* 1993, 508 en HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 550.

45 HR 19 maart 1993, *NJ* 1993, 508.

46 Kamerstukken II 8 875 1969/1970 (MvA), nr. 6. p. 2 e.v.

47 Dat deze veronderstelling niet geheel juist is blijkt uit het feit dat in Frankrijk en in Zwitserland de vrije beroepsbeoefenaar onder de vigeur van de detailhandelsbedrijfsruimte wordt gebracht en (althans wat Frankrijk betreft voor een deel) de daaraan gekoppelde bescherming toekomt. Zie resp. paragraaf 2.4.4 en 2.4.5.

De jurisprudentie die onder de vigeur van het oude huurrecht is tot stand gekomen geeft een reeks van voorbeelden van bedrijfsruimten die onder artikel 7:290 lid 2 BW vallen en de overige bedrijfsruimten, vallend onder artikel 7:230A BW. Tevens biedt de jurisprudentie voorbeelden van bedrijfsruimten die afhankelijk van de feiten en omstandigheden in een bepaalde kwestie, dan weer in de ene categorie, dan weer in de andere categorie vallen. Omdat de werking van art. 7A:1624 lid 2 BW niet verschilt van art. 7:290 lid 2 BW blijft de oude jurisprudentie volgens de Parlementaire Geschiedenis ook in het nieuwe huurrecht bedrijfsruimte uitdrukkelijk van kracht.[48] Onderstaand worden enkele voorbeelden gegeven. Niet omdat zij per definitie een bepaalde categorie aangeven en aldus absolute waarheid prediken, maar omdat zij inzicht geven in de wijze waarop niet alleen in de Parlementaire Geschiedenis maar vooral in de rechtspraak en literatuur met twijfelgevallen wordt omgegaan. De voorbeelden geven daarom niet meer dan een korte blik in de keuken van de kwalificatieproblematiek.

Enkele praktijkvoorbeelden van detailhandelsbedrijf (art. 7:290 lid 2 BW)

– *Apotheek*

Gezien het feit dat (1) de apotheker in toenemende mate bedrijfsmatig aan particulieren drogisterijproducten verkoopt en steeds meer te kampen heeft met concurrentie van drogist en internet, (2) steeds meer kant en klare medicijnen, medicijnen vrij van recept en bijartikelen (zoals drop) te verkrijgen zijn, (3) een apotheek een plaatsgebonden karakter heeft en (4) in artikel 1 van de vroegere Vestigingswet werd gedefinieerd als detailhandel, is een apotheek in steeds mindere mate een vrije beroepsbeoefenaar in de branche van de artsenijbereidkunst (met diens exclusieve verantwoordelijkheden en bevoegdheden aangaande de samenstelling, bereiding, verstrekking dan wel aflevering en de kwaliteit van geneesmiddelen). Hoewel de rechtspraak verdeeld is, lijkt de apotheker te veranderen van vrije beroepsbeoefenaar tot detailhandelsbedrijf,[49] waarbij in twijfelgevallen bepalend kan zijn of de apotheker bij het aangaan van de huurovereenkomst zelf heeft aangegeven dat deze tevens als detailhandel zal gaan functioneren, zodat de contractuele bestemming hierop kan worden afgestemd. In hoeverre een apotheek in een concrete kwestie tot de detailhandelsbedrijfsruimte dan wel tot de overige bedrijfsruimte kan worden gerekend, hangt sterk af van de omstandigheden van het geval.

In zijn noot onder de pal hierboven aangehaalde uitspraak van de kantonrechter te Amsterdam uit 1976 alsook in zijn latere beschouwingen[50] over de kwalificatie van apotheek stelt Meisner dat de apotheker een van oudsher vrije beroepsboefenaar is. Hij vindt daarvoor aansluiting bij Harderwijk[51] die de apotheker desondanks (vanuit

48 Kamerstukken II 1999/2000, 26 932, nr. 3, p. 1.

49 Ktr. Amsterdam 23 december 1976, *Prg.* 1977, 1209; Rb. Den Bosch 5 juni 1991, *Prg*. 1991, 3492 en Ktr. Boxmeer 3 juli 2001, *WR* 2001, 83.

50 Prg. 1977, nr. 12, p. 361-362 en zijn verhandelingen in Prg. 1978, nr. 1, p. 1-14 ('Nogmaals: Is een apotheek bedrijfsruimte?') en nr. 7, p. 233-236 ('Wederom: De apotheek').

praktisch oogpunt) onder de bescherming van de wettelijke regeling van detailhandelsbedrijfsruimte wil brengen. Harderwijk overtuigt op zichzelf beschouwd niet. In het verlengde van de ontwikkeling van de jurisprudentie zijn Venekatte[52] en Dozy/Jacobs[53] van oordeel dat een apotheek als detailhandelsbedrijfsruimte moet worden gekwalificeerd. Daarbij wordt enerzijds aangehaakt bij het feit dat een apotheek locatiegebonden is omdat particulieren veelal een apotheek in de buurt bezoeken. Anderzijds wordt de toenemende verkoop van overige producten benadrukt. Evers[54] kan zich niet met die conclusie verenigen. Zij acht de redenatie van Venekatte en Dozy-Jacobs te kort door de bocht en legt het accent op de typische aard van het vrije beroep en de daarop betrekking hebbende definiëring en nadere omschrijving in wettelijke regelingen, zoals de Vestigingswet Detailhandel, de Wet op de geneesmiddelenvoozieningen en het daarop gebaseerde Besluit uitoefening artsenijbereidkunst op grond waarvan zij vaststelt dat een apotheek in zijn aard geen detailhandel is doch veeleer een zorgverlener. Zij voegt daaraan toe dat dit tevens blijkt uit (oude) parlementaire geschiedenis[55] waarin de wetgever het vrije beroep uitdrukkelijk niet onder de categorie detailhandelsbedrijfsruimte schaart. Evers concludeert dat een apotheek dus valt onder de categorie 'overige bedrijfsruimte' maar voegt daaraan toe dat het een apotheker niettemin vrij staat toepasselijkheid van de art. 7:290-categorie bij aanvang van de huur overeen te komen, indien deze met name bedrijfsmatige winkelverkoop aan particulieren voorstaat. Indien de apotheker hieraan bij contractsvorming concreet feitelijk gevolg geeft lijkt mij dit standpunt van Evers juist, doch impliceert slechts een oplossing in het geval de apotheker zich bij aanvang van de huur bewust is van het bovenstaande debat. In de praktijk komt dit hoogst zelden voor[56]. Uit de jurisprudentie blijkt juist dat apotheken in geval van feitelijke overheersendheid van het gebruik als detailhandel onder de categorie art. 7:290 BW worden geschaard. Daarmee is de uitkomst van het apothekendispuut dat feitelijke overheersendheid in sterkere mate bepalend is dan de dogmatiek over de aard van het vrije beroep en in het bijzonder de principiële uitsluiting daarvan voor de art. 7:290 lid 2-categorie.

– *Benzinestation*

De verkoop aan het publiek van benzine, smeermiddelen en autoaccessoires vanuit een als kiosk of winkel aan te duiden gehuurde verkoopruimte valt, ook ingeval sprake is van een exploitatiecontract, onder detailhandel. De Hoge Raad overwoog in 1979:[57]

> … dat ook de verkoop van benzine uit benzinepompen tot de detailhandel gerekend moeten worden, welke exploitatie niet goed denkbaar is zonder een gebouw dat tot

51 E. D. Harderwijk, *Pharmaceutisch Weekblad* 1978, 113.
52 E. Venekatte, *De grenzen van art. 7A:1624 BW*, p. 22.
53 Dozy/Jacobs, p. 385-386.
54 Evers, p. 62 e.v.
55 Daarbij doelt zij kennelijk op Kamerstukken II 1969-1970, 8 875, nr. 6, p. 6 (MvA).
56 Zie bijvoorbeeld HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 740.
57 HR 4 mei 1979, *NJ* 1979, 509.

> onderkomen voor de pompbediende strekt en in zodanig nauw verband staat met de werkzaamheden ten behoeve van automobilisten die komen tanken en vorenbedoelde artikelen kopen, dat hier van rechtstreekse dienstverlening en levering sprake is, mede in aanmerking nemende dat het gebouwtje en het terrein van vrij geringe oppervlakte waarop de pompen staan, als bedrijfstechnisch economische eenheid zijn te beschouwen en dat het benzinestation cum annexis, voorzien van bedieningsgebouwtje, luifels, pompen, toe- en afritten, is aangepast aan de aard der goederen en de deze kopende consumenten binnen een afzonderlijke voor het publiek toegankelijke ruimte in gelijke zin als een voor het publiek toegankelijk lokaal als bedoeld in het tweede lid van art. 1624 BW.

Sedert 1979 heeft de Hoge Raad dit oordeel diverse keren bevestigd.[58] Stein heeft in verband met de omstandigheid dat benzinestation-exploitatiecontracten veelal gemengde overeenkomsten zowel in zijn noot onder het hierboven aangehaald arrest uit 1979 als in zijn noot onder het daaropvolgende en soortgelijke arrest uit 1987 (vermeld in de vorengaande voetnoot) – m.i. terecht – het accent gelegd op het feit dat voor toepasselijkheid van art. 7A:1624 e.v. BW slechts vereist is dat in de verplichtingen die de gebruiker/huurder op zich neemt een element van een tegenprestatie voor het gebruik van de onroerende zaak 'herkenbaar' moet zijn. Daarmee onderschrijft hij de ruimhartige toepassing van de toenmalige strekkingsbepaling van art. 7A:1624 lid 1, slotzin BW en daarmee tevens het ruime bereik van de categorie detailhandelsbedrijfsruimte.[59] Dat ruime bereik heeft een logische begrenzing. Later heeft de Hoge Raad namelijk bepaald dat slechts indien een onbebouwd stuk grond wordt verhuurd aan de exploitant die het recht of de verplichting heeft de noodzakelijke installaties op het terrein te doen plaatsen, geen sprake is van 'artikel 7:290 lid 2 BW'-bedrijfsruimte.[60] Evenmin is in een dergelijk geval sprake van 'artikel 7:230A BW'-bedrijfsruimte, zodat dan nog slechts de algemene bepalingen van artikel 7:201 t/m artikel 7:231 BW van toepassing zijn.

– *Opslag- en koelruimte in combinatie met detailhandel*

Tezamen met andere bedrijfsruimte kan een opslagruimte of loods (op zichzelf te kwalificeren als 'overige bedrijfsruimte') in combinatie met fysiek afgescheiden detailhandelsbedrijfsruimte (in casu een melkwinkel) als één juridisch geheel worden beschouwd in de zin van bedrijfsruimte als bedoeld in artikel 7:290 lid 2 BW.[61] Het ontbreken van een directe verbinding tussen de onderscheidene ruimten en het feit dat de separate ruimten bij afzonderlijke huurovereenkomst (door één verhuurder) worden verhuurd, doet hieraan niet af. Volgens de Hoge Raad is daarbij wel noodzakelijk dat de verhuurder heeft ingestemd met de bestemming als geheel als detailhandelbedrijfsruimte indien de huurovereenkomst niet met het oog daarop is opgesteld.[62]

---

58 HR 2 oktober 1981, *NJ* 1982, 186; HR 19 juni 1987, *NJ* 1988, 72; HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 273.

59 Op dezelfde voet: Evers, p. 31, p. 49/50 en p. 59 Dozy/Jacobs, p. 386 en 392, Venekatte, p. 40.

60 (o.a.) HR 16 juni 1995, *NJ* 1995, 705.

61 Rb. Amsterdam 21 juni 1978, *Prg*. 1978, 1304.

Indien de partijbedoeling bij een dergelijke feitelijke mengvorm niet helder is, is tevens de feitelijke fysieke overheersendheid van de ene dan wel de andere categorie van beslissende betekenis. Indien het element van de overige bedrijfsruimte voor wat betreft gebruik en oppervlakte overheerst, is sprake van overige bedrijfsruimte als bedoeld in artikel 7:230A BW.[63] Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat in verban met soortgelijke gevallen (een parkeerplaats of autostalling, ten dienste van een detailhandel resp. expeditiebedrijf, doch verder weggelegen) de minister, naar aanleiding van een vraag van de Vaste Commissie voor Justitie van de Eerste Kamer[64] in 1970 overwoog dat:[65]

> … de voorwaarde dat de grond tot het gebouw behoort, waarin het bedrijf wordt uitgeoefend, niet zo beperkt (dient) te worden uitgelegd dat de grond met het gebouw samenhangend perceelsgeheel moet vormen. Weliswaar zal de grond meestal rechtstreeks grenzen aan het gebouw maar ook zonder dat dit het geval is kan de grond bij het gebouw behoren, hetgeen bijvoorbeeld kan blijken uit de bedoeling van verhuurder en huurder bij het aangaan van de huurovereenkomst.

Aldus kan worden vastgesteld dat de rechtspraak wat dit soort situaties betreft in overeenstemming is met de wetgeschiedenis, ofschoon, zoals Van den Heuvel in zijn noot onder de pal hierboven aangehaalde uitspraak van de rechtbank Amsterdam m.i. terecht opmerkt, daar (in het door de rechtbank beslechte geval van de melkwinkel) niet uitdrukkelijk naar wordt verwezen. Venekatte[66] lijkt hier van den Heuvel op de vingers te tikken door te melden dat de aanknopingspunten in de wetgeschiedenis wel degelijk bestaan (hierboven weergegeven). Maar dat bedoelde van den Heuvel natuurlijk niet: hij stelt alleen vast dat de rechtbank dit aanknopingspunt niet heeft kúnnen vinden en dat betekent niet dat dit aanknopingspunt niet bestaat. De achtergrond van de opmerking van Van den Heuvel lijkt mij nu juist (in een breder verband) zinvol. In feite hekelt hij dat de rechtspraak in kwalificatiegeschillen te zeer feitelijk van aard is en te weinig dogmatisch doorwrocht. Hiermee kan ik mij verenigen. Ook uit vele van de hier bovenstaande en onderstaande behandelde uitspraken over kwalificatiekwesties blijkt immers dat in maar weinig uitspraken de strekking van de wet in kaart wordt gebracht en gedegen wordt geanalyseerd. Dit is, onder verwijzing naar het bovenstaande apothekersdebat te betreuren omdat de principiële afgrenzing niet nader duidelijk wordt. Zo is het verschil tussen een apotheker met bijproducten en een huisarts met huisapotheek (incl. bijproducten) te subtiel en te principieel van aard om op basis van feitelijkheden af te doen.

---

62 HR 14 oktober 1983, *NJ* 1984, 253.
63 Ktr. Amsterdam 1 maart 1996, *Prg.* 1996, 4537.
64 Kamerstukken I, 1970/1971, 8 875 (Voorlopig Verslag), p. 2.
65 Kamerstukken I, 1970/1971 8 875 (Memorie van antwoord), p. 3.
66 Venekatte, p. 25.

Onder ogen moet worden gezien dat de rechtspraak op kwalificatiegeschillen als de onderhavige zich in toenemende mate laat leiden door feitelijkheden en steeds meer afdrijft van de intentie van de wetgever, maar wenselijk is deze tendens niet, omdat de strekking van de wet daardoor te zeer op de achtergrond raakt. De beoordeling door de rechtbank van de melkwinkel-kwestie is dus een voorbeeld van de beoordeling van een kwalificatiekwestie hoe het niet moet, afgezien van de op zichzelf beschouwd juiste uitslag.

– *Showroom*

Het showen van tot verkoop bestemde waar bestaat in verschillende soorten en maten; van een kleine etalage tot een grote toonzaal. Een showroom kan, afhankelijk van de feiten en omstandigheden, in de categorie van 'artikel 7:290 lid 2 BW'-bedrijfsruimte vallen, doch ook onder de vigeur van artikel 7:230A BW. Bepalend hierbij is de beantwoording van de vraag in hoeverre vanuit de showroom sprake is van rechtstreekse verkoop en levering van roerende zaken aan het publiek en of dit criterium strikt of ruim moet worden uitgelegd.[67] De enkele aanwezigheid van een kassa in een grindtegelshowroom is een sterke indicatie voor het laatste.[68] Een ruime interpretatie doet mede op grond van deze uitspraak recht aan de strekking van de wettelijke bescherming van artikel 7:290 e.v. BW, omdat bijvoorbeeld bij een meubelzaak, een keukenspecialist of een autoshowroom in hoge mate sprake is van het gebruikelijke etalage-element van detailhandelsbedrijfsruimte, dat tot strekking heeft de publieke toegankelijkheid te versterken teneinde ter plaatse (in de showroom) tot verkoop over te gaan. Het wordt anders als het showen de nagenoeg enige activiteit is in het gehuurde bedrijfsobject: een showroom voor luxe kantoormeubilair[69] en een autoshowroom[70] van waaruit slechts in ondergeschikte mate accessoires werden verkocht, vallen op grond van deze feitelijkheden onder de categorie van de overige bedrijfsruimte. Anderzijds werd in een kwestie over een meubelzaak in/aan een 'woonboulevard' geoordeeld dat de term 'rechtstreekse levering' niet in de zuiver fysieke betekenis moet worden opgevat. Ook indien in de showroom wordt besteld c.q. gekocht, waarna de feitelijke aflevering vanuit een magazijn bij de consument thuis plaatsvindt, is sprake van detailhandelsbedrijfsruimte[71] De rechtspraak is feitelijk en daarom gevarieerd en aldus wordt de showroom, afhankelijk van de feiten, tevens als kwalificatievoorbeeld van 'artikel 7:230A BW'-bedrijfsruimte vermeld (zie paragraaf 13.6).

In de lijn van de bovenstaand behandelde gevallen dient ook hier een kritische kanttekening te worden geplaatst. Immers, de puur op feiten gebaseerde tendens van de rechtspraak die tot een ruim toepassingsbereik van de categorie detailhandels-

67 Ktr. Amsterdam 24 september 1971, *Prg*. 1971, 1932; HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 628 en HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 103.
68 Gerechtshof Den Haag 31 oktober 2003, *JHV* 2004,137/*Prg*. 2004, 6171
69 HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 628.
70 Ktr. Amsterdam 24 september 1971, *Prg*. 1974, 932.
71 Ktr. Maastricht 11 december 2002, *WR* 2003, 26.

bedrijfsruimte leidt, veronachtzaamt het belang van principiële verschil tussen showrooms die zich richten op particuliere cliënten (bijv. autobedrijven) en showrooms die zich richten op de zakelijke markt (bijv. het World Fashion Centre in Amsterdam, waarin het publiek niet bestaat uit particulieren doch uit detaillisten). Van den Heuvel maakt in zijn noot onder de hierboven aangehaalde uitspraak uit 1971 hier naar mijn oordeel terecht een punt van en wijst onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis erop dat vanuit het oogpunt van de strekking van de wet het eerste type wel huur(prijs)bescherming verdient, het tweede niet. Alleen indien werkelijk vanuit de showroom een detailhandelsbedrijf wordt gevoerd, is de regeling van detailhandelsbedrijfsruimte van toepassing, zo stelt Van den Heuvel.

Evers[72] legt het accent op het (rechtstreekse) karakter van de levering en zij interpreteert deze term op praktische gronden bepaald ruim: een in een showroom besteld bankstel is eenvoudigweg zodanig groot dat dit apart en vanuit een magazijn wordt afgeleverd. Zij verwijst hiertoe naar de recente parlementaire geschiedenis[73] waaruit blijkt dat de vaste Kamercommissie voor Justitie de minister had voorgesteld het woord 'rechtstreeks' uit de concept-wettekst te schrappen juist teneinde te bewerkstelligen dat meubeltoonzalen zonder verder debat onder de detailhandelsbedrijfsruimtecategorie zouden vallen (in het verlengde van de hierboven, in het kader van de meubelhandel aangehaalde uitspraak van de kantonrechter te Gouda uit 1996). De minister wilde echter niet sleutelen aan de definiëring van de categorie detailhandelsbedrijfsruimte, maar vermeldde daarbij wel dat meubeltoonzalen onder art. 7:290 e.v. BW vallen omdat sprake is van een voor publiek toegankelijk lokaal waar zich doorgaans ook een verkooppunt bevindt en waar rechtstreeks koopovereenkomsten tot stand komen tussen exploitant en consument. Ook hier kan worden vastgesteld dat een principieel debat helaas uit de weg wordt gegaan. Daarbij zij nog aangetekend dat het woord 'rechtstreeks' niet op de koop ziet doch op de levering. Hieraan gaat de minister ten onrechte voorbij.

Duidelijk wordt andermaal dat men ook bij showrooms blijft steken in overwegend feitelijke debatten en een nadere principiële afgrenzing ontwijkt. Vanuit het belang van de strekking van de wet is dit te betreuren.

– *Videotheek*

Een videotheek waar slechts DVD's en videobanden kunnen worden gehuurd, is formeel geen kleinhandelsbedrijf dat valt onder de beschrijving van artikel 7:290 lid 2 BW, met name omdat geen verkoop en levering van roerende zaken plaatsvindt doch (slechts) verhuur. Bij de redactie van de oude wettekst in 1969 en 1970 bestond de videotheek evenwel nog niet. Het is derhalve aannemelijk dat een videotheek in beginsel wel de wettelijke bescherming van artikel 7:290 lid 2 BW zou behoren te verdienen,

72 Evers, p. 60-61.

73 Kamerstukken II 1999-2000, 26 932, nr. 4, p. 3 en Kamerstukken II 2000-2001, 26 932 nr. 5, p. 4.

niet alleen vanwege het feit dat (als zodanig erkende) kleinhandelsbedrijven de verhuur en verkoop van video's, DVD's e.d. als nevenactiviteiten ontplooien, maar ook gezien het feit dat sprake is van een sterk plaatsgebonden karakter, waarbij de inrichting van groot belang is en de hiermee samenhangende investeringen dan ook wettelijke (investerings)bescherming verdienen. Ook vanwege soortgelijke bedrijfsactiviteiten die sedert 1970 zijn ontwikkeld, zoals de verhuur van gereedschap en feestkleding[74], kan de vraag worden gesteld of de term 'levering' in art. 7:290 lid 2 sub a BW niet moet geactualiseerd en moet worden gewijzigd in 'terbeschikkingstelling', zodat niet alleen levering doch ook een object van waaruit verhuur van roerende zaken direct aan het publiek plaatsvindt in de context van detailhandel kan worden geplaatst. Daarmee wordt het bereik van art. 7:290 lid 2 BW weliswaar ruimer doch deze ruimere strekking doet recht aan actuele ontwikkelingen die de wetgever op zichzelf beschouwd dient te onderkennen vanuit de strekking van de wet. Rechtspraak is op dit punt overigens nog niet ontwikkeld.

– *Winkel in winkel*

Zoals reeds in paragraaf 6.2.1 is uiteengezet, kan een verhuurde ruimte welke krachtens huurovereenkomst bestemd is voor de uitoefening van een kleinhandelsbedrijf en voor het publiek toegankelijk is, worden aangemerkt als een gedeelte van een gebouwde onroerende zaak onder de vigeur van artikel 7:290 lid 2 BW.[75]

– *Winkel-in-niet-winkel*

Een koffiebar in het ziekenhuis, die voor ruime hoeveelheden patiënten, bezoekers en personeel toegankelijk is, is, ondanks het feit dat de toegang voor onbevoegden is verboden, voor het publiek toegankelijk (vanwege het ruime potentieel aan klanten) en is daarom te kwalificeren als 'artikel 7:290 lid 2 BW'-bedrijfsruimte[76] (zie ook paragraaf 6.2.1). Een boekenstal in de hal van een universiteitsgebouw valt evenwel onder de categorie van de overige bedrijfsruimte (zie aldaar).

6.2.5 **Onderdeel 5: '(…) van een restaurant- of cafébedrijf (…)'**

Het hotel-, restaurant- en cafébedrijf wordt in artikel 7:290 lid 2 sub a en b BW afzonderlijk (op twee plaatsen: restaurant- en cafébedrijf onder sub a en het hotelbedrijf onder sub b) genoemd. Dit heeft een louter wetstechnische reden omdat dit in het spraakgebruik geen detailhandel is.[77] Naar vaste rechtspraak wordt het begrippenpaar

74 Autoverhuur behoort hier niet toe want dat is een ander (overige bedrijfsruimte-)geval. Een huurauto wordt niet ter plekke gekozen doch vooraf telefonisch (op basis van een brochure) besteld. Zie: Ktr. Leiden 6 augustus 1980, *Prg*. 1981, nr. 1537, aangehaald door Venekatte op p. 34.

75 Ktr. Maastricht 28 november 1984, *Prg*. 1987, 2730; Rb. Arnhem 6 maart 1986, *NJ* 1987, 783 en Pres. Rb. Haarlem 9 april 1986, *KG* 1986, 225.

76 Gerechtshof Den Haag 8 januari 1987, *NJ* 1988, 619.

77 Kamerstukken II 1969-1970, 8 875, nr. 6, p. 6.

'restaurant- en cafébedrijf' in beginsel ruim geïnterpreteerd, met name omdat naar het spraakgebruik ook de koffieshop, de lunchroom en de snackbar daaronder vallen.[78]

Toch moet deze ruime interpretatie niet worden overschat. Ten eerste is van belang te onderkennen dat de minister in 1970 juist heeft willen vermijden dat het voor de hand liggende (doch ruimere) begrip 'horecabedrijf' in de concept-wettekst werd opgenomen, zulks in de plaats van het minder verstrekkende begrip 'restaurant- of cafébedrijf'. De minister:[79]

> … heeft met dit begrip de bedrijven willen beschrijven die in daarvoor speciaal ingerichte ruimten logies verstrekken, maaltijden of dranken verstrekken voor gebruik ter plaatse. Daaronder vallen de bedrijven die naar het spraakgebruik met de namen hotel, café of restaurant worden aangeduid maar ook tussenvormen daarvan of soortgelijke bedrijven zoals lunchroom, cafetaria of bar. Een kantine zou er in beginsel onder vallen, maar de bepalingen van het wetsontwerp zullen vaak niet van toepassing zijn omdat aan andere eisen die artikel 1624 stelt niet is voldaan, met name omdat er niet een voor publiek toegankelijk lokaal aanwezig is, bijvoorbeeld in de kantines van bedrijven ten behoeve van het personeel.

In het verdere vervolg van zijn betoog geeft de minister aan dat het hotel-garnibedrijf (een hotel zonder horecafaciliteit) binnen het bereik, maar kamerverhuurbedrijf (formeel een horecabedrijf) buiten het bereik van het toenmalige concept-artikel 1624 valt. Venekatte haalt de daarop aansluitende overige opmerkingen dienaangaande van de minister uitvoerig aan, waarbij zij benadrukt dat volgens de minister het kamerverhuurbedrijf (het bedrijfsmatig verhuren van woonruimte) weliswaar meer pand- dan plaatsgebonden is, doch geen bescherming van art. 1624 behoeven omdat de daartoe geschikte grote huizen 'nog wel te krijgen zijn' en dat een te verregaande bescherming de verhuurbaarheid daarvan doet afnemen.[80]

Een tweede reden waarom het ruime toepassingsbereik van het restaurant- of cafébedrijf niet moet worden overschat ligt in het bestaan van veel mengvormen met een horeca-element dat zodanig ondergeschikt is, dat als het gaat om de kwalificatie van het geheel, er geen sprake is van 'artikel 7:290 lid 2 BW'-bedrijfsruimte, zoals in het geval van een fitnesscentrum.[81] Een fitnesscentrum dat een voor het publiek vrij toegankelijke ruimte bevat, waarin zich een receptie en bar bevindt die met name voor wat betreft de omzet van ondergeschikte betekenis is ten opzichte van de omzet die behaald wordt uit de fitnessactiviteiten, kan niet als 'artikel 7:290 lid 2 BW'-bedrijfsruimte worden aangemerkt, mede omdat overigens geen sprake is van een ambachtsbedrijf of een

78 HR 23 september 1983, *NJ* 1984, 309 en HR 6 februari 1987, *NJ* 1987, 979.
79 Kamerstukken II 1970-1971, 8 875, Nota n.a.v. Eindverslag.
80 Venekatte, p. 30.
81 Rb. Haarlem 1 augustus 1989, *Prg.* 1989, 3150.

kleinhandelsbedrijf, zodat artikel 7:230A BW daarop van toepassing is (zie aldaar). Voor een manegebedrijf geldt grosso modo hetzelfde, [82] evenals voor een achterzaal van een horecapand verhuurd voor het Golden-Ten-spel.[83] Een koffiebar in een ziekenhuis is, zoals eerder vermeld in de paragrafen 5.2.1 en 5.2.4, als 'winkel-in-niet-winkel' wél aan te merken als een artikel 7:290 lid 2 BW-bedrijfsruimte.[84]

– *Bedrijfsrestaurant*
Een restaurant is per definitie een 'artikel 7:290 lid 2 BW'-bedrijf, tenzij (onder verwijzing naar de hierboven aangehaalde opmerkingen van de minister dienaangaande) het niet een voor publiek toegankelijk lokaal is, zoals in de meeste gevallen bij een bedrijfskantine of -restaurant het geval is. Typerend was het geval van een lunchfaciliteit in het NOB-kantoor in het Mediapark te Hilversum, niet alleen bestemd voor NOB-medewerkers, doch tevens voor personeel en bezoekers van andere bedrijven in het Mediapark. Juist omdat hierop veel bedrijven gevestigd zijn met veel personeel en bezoekers was naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake van een besloten karakter, maar van een voor het publiek toegankelijk lokaal.[85] Deze uitspraak past daarmee precies in hetgeen de minister in 1970 heeft aangegeven.

– *Vergaderruimte met horeca-activiteiten*
In een vergaderruimte in een nevengebouw van een kerk te Lemmer wordt niet alleen vergaderd. Ook kan deze worden gehuurd door andere verenigingen en organisaties voor andere, ruimere doeleinden, zoals recepties, toneel- en muziekuitvoeringen en bingo-avonden. Bovendien vindt zalenverhuur plaats waarbij de zaal zonder beperking aan publiek wordt opengesteld. De (onder)verhuurster verzorgt de horeca-activiteiten. De kantonrechter acht art. 7:290 e.v. BW van toepassing.[86] Deze uitspraak is typerend voor een puur op feiten gebaseerd rechterlijk oordeel, dat echter wel binnen het in de hierboven aangehaalde parlementaire geschiedenis aangegeven bereik past.

6.2.6 **Onderdeel 6: '(…) van een afhaal- of besteldienst (…)'**

Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat de wetgever hierbij niet het Chinese afhaalrestaurant dat tevens maaltijden thuis bezorgt op het oog had, maar de bodedienst, waar het publiek pakjes ter verzending kan bezorgen of afhalen.[87] Men kan hierbij denken aan het vroegere Van Gend en Loos. Het hierboven reeds meerdere keren aangehaalde wetsvoorstel 8 875 uit 1969, gebaseerd op het Ontwerp-Houwing, sprak dan ook van 'vervoerbedrijf' en niet van 'afhaal- en besteldienst' met als definitie: 'het afhalen en bestellen met vervoer tegen vergoeding'.[88] Het vervoer heeft volgens de

82 Gerechtshof Den Haag 22 juni 1983, *Prg.* 2031.
83 Pres. Rb. Arnhem 14 september 1984, *KG* 1984, 283.
84 Gerechtshof Den Haag 8 januari 1987, *NJ* 1998, 619.
85 Ktr. Hilversum 27 juni 2000, *WR* 2001, 54.
86 Ktr. Heerenveen 30 oktober 2003, *JHV* 2004, 118/*WR* 2004, 8.
87 Kamerstukken II 1970/1971, 8 875, p. 71 e.v.

wetgever slechts betrekking op vervoermiddelen zoals vrachtauto's, schepen, paard en wagen, zo blijkt uit de hiervoor aangehaalde Parlementaire Geschiedenis. De beperking tot de te vervoeren zaken is gelegen in het feit dat personenvervoer is uitgesloten. De schaarse hoeveelheid bedrijven die tegenwoordig achter deze categorie schuilgaat, heeft tot één uitspraak geleid over een bemiddelingsbureau bij de im- en export van consumptiegoederen.[89] Om deze reden zou dit element in de 35 jaar oude wettelijke definitie m.i. kunnen worden geschrapt.

6.2.7 **Onderdeel 7: '(…) of van een ambachtsbedrijf (…)'**

Een ambachtsbedrijf richt zich op de niet-fabrieksmatige en door zeer langdurige oefening aangeleerde handmatige vervaardiging van roerende zaken. In het algemeen dient te worden vermeld dat het onderscheid tussen ambachtsbedrijf en detailhandelsbedrijf niet altijd consequent wordt gemaakt, zoals in het geval van de onderstaande voorbeelden van de kapper, de kleermaker en de stomerij. Deze inconsequentie is evenwel veelal gebaseerd op de wijze waarop in een bepaald geschil feiten en omstandigheden aan de rechter worden gepresenteerd en behoeft niet noodzakelijkerwijs te leiden tot inconsequentie op het punt van de uiteindelijke kwalificatie. Immers, met name de al of niet aanwezigheid van een voor het publiek toegankelijk lokaal is veelal bepalend voor de vraag of de ambachtelijk gebruikte bedrijfsruimte dient te worden geschaard onder resp. 'artikel 7:290 lid 2 BW'-bedrijfsruimte dan wel behoort tot de 'artikel 7:230A BW'-categorie.[90]

– *Drukkerij*

In veel gevallen zal een drukkerij als productiebedrijf moeten worden aangemerkt en niet als 'artikel 7:290 lid 2 BW'-bedrijfsruimte. Indien het volgens de Hoge Raad evenwel gaat om een kleine, ambachtelijke drukkerij waar vanuit het gehuurde tevens aan publiek wordt verkocht en waar daartoe een verkooppunt aanwezig is, wordt, ondanks het feit dat dit verkooppunt niet kenbaar is omdat deze ontvangstplek van klanten niet speciaal daartoe is ingericht, en hoe gering de hieruit behaalde omzet ook moge zijn, aangemerkt als 'artikel 7:290 lid 2 BW'-bedrijfsruimte.[91] Het element van het verkooppunt (waaraan weinig eisen behoeven te worden gesteld) in deze uitspraak van de Hoge Raad is welbeschouwd een exacte herhaling van het onderstaand te behandelen arrest van de Hoge Raad uit 1987 inzake een smederij en licht precies in het verlengde van de

88 Deze definitie was gebaseerd op art. 1h van de Wet Autovervoer Goederen, waarin het begrip 'afhaal- en besteldienst' werd omschreven als 'diensten tot het afhalen en bestellen met vrachtauto's tegen vergoeding van goederen'.

89 Pres. Rb. Amsterdam 27 oktober 1994, *WR* 1995, 93.

90 Kamerstukken II 1969-1970 8 875 nr. 6 (MvA), p. 2. De minister stelt uitdrukkelijk dat de uitoefening van een ambachtsbedrijf doorgaans bijzondere eisen stelt aan de inrichting van het object waarbij met name de aanwezigheid van een verkooppunt ten opzichte van het publiek de plaatsgebondenheid onderstreept.

91 HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 103.

parlementaire geschiedenis, waaruit blijkt dat de minister heeft gesteld dat het er bij ambachtsbedrijven op aankomt dat er slechts een verkooppunt ten opzichte van het publiek *is* (dus: willekeurig de grootte daarvan).[92]

Ten onrechte is het belang van de drukkerij-uitspraak eind jaren '90 schromelijk overschat. De uitspraak werd vaak door huurders aangehaald om het vereiste van het verkooppunt bij kleinhandel minder belangrijk te doen schijnen (en zodoende gemakkelijker tot een hen conveniërende art. 290-kwalificatie te komen). Daarbij zag men echter vaak over het hoofd dat het in deze uitspraak slechts een ambachtsbedrijf betrof, en deze uitspraak dus slechts in dat beperkte kader waarde had (en nog heeft). Voor een nadere en uitgebreide uiteenzetting over deze uitspraken verwijs ik naar paragraaf 6.2.8, alsook naar paragraaf 13.6.3. Slechts in het kader van de drukkerij als voorbeeld van een ambacht heeft deze uitspraak in de onderhavige paragraaf waarde.

– *Smederij*

Een smederij is een ambachtsbedrijf als bedoeld in artikel 7:290 lid 2 BW, en valt onder 'artikel 7:290 lid 2 BW'-bedrijfsruimte indien sprake is van een verkooppunt ten opzichte van het publiek. Aangaande de zeer lichte eisen die aan de aanwezigheid van een verkooppunt worden gesteld, verwijs ik naar de paragrafen 5.2.8 en 13.6.3.[93]

– *Stomerij en chemisch kledingreinigingsbedrijf*

Ook al is de apparatuur hoogwaardig en modern, het stomen, ontvlekken en chemisch reinigen van kleding en andere stoffen blijft een ambachtelijk bedrijf in de zin van artikel 7:290 lid 2 BW indien er tevens een inname- en uitgiftebalie aanwezig is die voor het publiek toegankelijk is. Uit de rechtspraak blijkt overigens dat de rechter op basis van andere feiten en omstandigheden ook wel eens oordeelt dat niet van een ambachtsbedrijf doch van een kleinhandelsbedrijf sprake is.[94]

– *Wikkel- en reparatiebedrijf voor elektromotoren*

Volgens de President van de rechtbank Haarlem bestond er in deze kwestie 'een redelijke kans' dat de bodemrechter zou oordelen dat sprake was van detailhandelsbedrijfsruimte omdat naar zijn oordeel sprake was van een ambachtsbedrijf (het wikkelen en repareren van elektromotoren) met een voor het publiek toegankelijk verkooppunt.[95] Daarmee licht deze uitspraak, hoezeer daarin ook een principieel oordeel ontbreekt, in het verlengde van het hierboven behandelde smederij-arrest uit 1987 en het eveneens hierboven aangehaalde drukkerij-arrest uit 1996.

---

92 Kamerstukken II 1969-1970 8 875 nr. 6 (MvA), p. 2.

93 HR 6 februari 1987, *NJ* 1987, 979.

94 Ktr. Rotterdam 12 mei 1976, *Prg.* 1976, 1097, Ktr. Rotterdam 10 februari 1978, *Prg.* 1979, 1400 en Ktr. Amsterdam 25 februari 1981, *Prg.* 1981, 1686.

95 Pres. Rb. Haarlem 21 december 1990, *KG* 1991, 61.

6.2.8 Onderdeel 8: '(…) een en ander indien in de verhuurde ruimte een voor het publiek toegankelijk lokaal voor de rechtstreekse levering van roerende zaken of dienstverlening aanwezig is (…)'

Voor alle bedrijven die in beginsel vallen onder artikel 7:290 lid 2 sub a BW bestaat het separate vereiste dat bovendien sprake moet zijn van een voor het publiek toegankelijk lokaal voor de rechtstreekse levering[96] van roerende zaken of dienstverlening, wil definitief sprake zijn van bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:290 BW. Voor het hotelbedrijf (art. 7:290 lid 2 sub b BW) en het kampeerbedrijf (art. 7:290 lid 2 sub c BW) geldt dit vereiste dus niet. Indien het in een bepaald geval niet gaat om een bedrijf als bedoeld in artikel 7:290 lid 2 BW, komt men aan toetsing aan dit vereiste dus niet toe.[97] In dit vereiste, met name de aanwezigheid van het lokaal, komt de plaatsgebondenheid tot uitdrukking. De plaatsgebondenheid van 'artikel 7:290 lid 2 BW'-bedrijfsruimte mag om deze reden dan ook niet als extra vereiste worden gesteld; de plaatsgebondenheid ligt namelijk reeds besloten in het vereiste van een voor het publiek toegankelijke lokaal.[98] Twee elementen van dit vereiste zijn blijkens de jurisprudentie onderwerp van voortdurend debat: lokaal en publiek.

De term 'lokaal' dient niet letterlijk te worden geïnterpreteerd en behoeft niet noodzakelijkerwijs het afgesloten karakter te hebben zoals het woord suggereert. Zo oordeelde de Hoge Raad In 1983 dat een open venster van waaruit etenswaren aan het publiek werden overhandigd, reeds voldoende is om aan het vereiste te kunnen voldoen.[99] In feite is de term vermoedelijk een synoniem voor het woord 'ruimte'. Het gebruik van de term 'lokaal' lijkt namelijk in de (hierboven weergegeven) wettekst te zijn gebruikt om de tekst aan het slot van artikel 7:290 lid 2 sub a BW taaltechnisch goed te laten lopen door de dubbele vermelding van het woord 'ruimte' te vermijden.[100]

Bij *ambachtsbedrijven* gaat het de wetgever slechts erom dat in de bedrijfsruimte een plaats is waar het publiek zich kan vervoegen. Het vereiste van het 'verkooppunt' wordt bij ambachtelijke bedrijven in de rechtspraak dan ook uiterst restrictief toegepast, zodat er doorgaans al snel aan wordt voldaan. In 1987 oordeelde de Hoge Raad dat 'geen nadere materiële eisen' aan het verkooppunt moeten worden gesteld; de mogelijkheid van het ontvangen van het publiek in een loods waarin zich een smederij bevond, was daartoe reeds voldoende. Het behoeft naar het oordeel van de Hoge Raad geen 'kenbare inrichting', dat wil zeggen: een besloten lokaal of ruimte te zijn.[101] Het is

96 'Levering' is een inmiddels achterhaalde term. M.i. zou dit moeten zijn: 'levering en verhuur', zodat ook de videotheken, gereedschapverhuurbedrijven, autoverhuurgarages e.d. uitdrukkelijk onder de art. 7:290-lid 2 BW-noemer worden verklaard, hetgeen thans materieel al wel het geval is.

97 HR 1 juni 1984, *NJ* 1985, 31.

98 HR 30 januari 1981, *NJ* 1981, 378.

99 HR 23 september 1983, *NJ* 1984, 309.

100 Zie de conclusie van de A.-G. vóór HR 23 september 1983, *NJ* 1984, 309.

zelfs niet nodig dat het publiek zich daadwerkelijk bij het verkooppunt vervoegt, zoals onderstaand bij de behandeling van het element 'publiek' blijkt. Het zwaartepunt bij ambachtsbedrijven ligt meer bij de (potentiële) toegankelijkheid voor het publiek op zichzelf, zo blijkt uit de rechtspraak. Niet bepalend is bijvoorbeeld of de toegangsdeur af en toe gesloten is en er moet worden aangebeld.[102] Maatgevend voor het element '*publiek*' in het beperkte kader van een ambachtsbedrijf is de hierboven behandelde drukkerij-uitspraak van de Hoge Raad in 1996,[103] waaruit, in het verlengde van het smederij-arrest uit 1987, blijkt dat niet van belang is dat de bedrijfsruimte in relevante mate door het publiek wordt bezocht. In de kwestie die leidde tot deze uitspraak, ging het om een kleine drukkerij bestaande uit één grote ruimte, waarin zich een klein gedeelte met een bureau en twee stoelen bevond. Aan de buitenzijde van de drukkerij waren niet de openingstijden vermeld en er was geen toegangsdeur die altijd openstond. De omzet die werd behaald met de verkoop aan particulieren, bedroeg slechts 20% van de totale omzet. Toch oordeelde de Hoge Raad dat de drukkerij voor publiek toegankelijk was. Het ging daarbij volgens de Hoge Raad slechts om de omstandigheid dat niet elke bedoeling van de ondernemer om publiek te ontvangen ontbreekt, uit welke overweging en de formulering ervan blijkt dat dit vereiste niet stringent dient te worden toegepast. Niet relevant is volgens de Hoge Raad dat het publiek zich ook daadwerkelijk in het gehuurde vervoegt. Op het oog zouden de uitspraken van de Hoge Raad in de smederijkwestie en de drukkerij-arrest een kritische benadering verdienen. Onder verwijzing naar de hierboven (bij de behandeling van het drukkerij-arrest in paragraaf 6.2.7) reeds aangehaalde opmerking van de minister passen zij echter precies in de strekking van de wet, zoals de minister deze in 1970 nader (zij het kort) heeft toegelicht. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de twee uitspraken van de Hoge Raad een in de kern identiek oordeel bevatten aangaande de publieke toegankelijkheid van ambachtsbedrijven.

Hoezeer de restrictieve uitleg van het vereiste van de publieke toegankelijkheid in de beperkte context van het ambachtsbedrijf ook juist moge zijn, de kwalificatiegeschillen in algemene zin (dus ook buiten de context van het ambachtsbedrijf) zijn wat dit specifieke punt betreft de laatste jaren in toenemende mate beslecht op grond van 'overheersendheid', waarin de mate van het gebruik als detailhandelsbedrijfsruimte vergeleken wordt met de mate van gebruik als overige bedrijfsruimte; het overheersende element is in belangrijke mate bepalend voor de kwalificatie. Een voorbeeld daarvan is de uitspraak van de rechtbank Amsterdam in 2000, waarbij de kwalificatie van een jachthaven die zowel elementen van detailhandelsbedrijfsruimte als van overige bedrijfsruimte bevatte, niet werd bepaald aan de hand van het door de Hoge Raad in 1987 en in 1996 gehanteerde criterium, maar op basis van de overheersendheid (gemeten in omzet). Dit oordeel is in overeenstemming met het door de Hoge Raad voor

101 HR 6 februari 1987, *NJ* 1987, 979. m. nt. A-G van Soest.
102 Rb. Amsterdam, 12 september 2001, *WR* 2002, 32.
103 HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 103.

mengvormen van woning en overige bedrijfsruimte ontwikkelde criterium van overheersendheid (gemeten in oppervlakte, aantal vertrekken e.d.).[104] Zie hierover nader paragraaf 1.7. Desalniettemin heeft de ruime interpretatie van de Hoge Raad van dit element van het vereiste brede ingang gevonden,[105] onder meer bij de restrictieve toepassing van het vereiste, waarvan reeds eerder sprake was bij de 'winkel-in-niet-winkel'.[106] Toch kan de lijn in de rechtspraak wat grillig en daarom weinig inzichtelijk verlopen. Een atypisch voorbeeld van de ontwikkeling in de jurisprudentie sedert 2000 betreft de toepassing van het criterium zoals toegepast in het smederij-arrest en het drukkerij-arrest *buiten* de context van het ambachtsbedrijf, namelijk in het geval van een technische groothandel op een bedrijventerrein in Amsterdam Zuid-Oost, waarbij een voor publiek toegankelijke showroom met verkoopbalie aanwezig was, van waaruit (slechts) voor circa 3% van de totale omzet aan particulieren werd verkocht.[107] De huurder betoogde ten behoeve van diens niet-ontvankelijkheid in het kwalificatiegeschil, onder verwijzing naar met name de drukkerij-uitspraak van de Hoge Raad in 1996, toepasselijkheid van het regime van de detailhandelsbedrijfsruimte. Strikt genomen was dit uiteraard niet juist omdat het hier, zoals gezegd, niet ging om een ambachtsbedrijf doch om een combinatie van een groothandel en een kleinhandel. De kantonrechter stelde zichzelf welbeschouwd voor de keuze tussen deze uitspraak van de Hoge Raad (toepasbaar op het ambachtsbedrijf) en de hierboven aangehaalde uitspraak van de rechtbank in 2000 (toepasbaar buiten de context van het ambachtsbedrijf). Met andere woorden: diende de maatstaf te worden gehanteerd van de enkele aanwezigheid van een verkoopbalie, op grond waarvan artikel 7:290 e.v. BW van toepassing zou zijn, of zou 'overheersendheid' bepalend zijn? In het laatste geval zou de overheersendheid van de omzet die werd gerealiseerd uit de activiteiten die passen onder de vigeur van artikel 7:230A BW (97%!), doorslaggevend zijn. De kantonrechter besloot opmerkelijk genoeg tot het eerste, waarbij deze, onder verwijzing naar de uitspraak van de Hoge Raad in 1996, het accent legde op het belang van rechtszekerheid en van een duidelijk ijkpunt, waarbij proportionaliteit geen beslissende rol kan spelen. Daarbij verwees de kantonrechter bovendien naar de omstandigheid dat de verhuurder geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid kleinhandel(sactiviteiten) contractueel uit te sluiten. Deze uitspraak was, hoezeer ook prettig voor de huurder, niet in overeenstemming met de jurisprudentie: de kantonrechter had over het hoofd gezien dat de uitspraak in 1996 (in het verlengde van de smederij-uitspraak uit 1987 slechts van toepassing was op een ambachtsbedrijf en niet op een kleinhandelsbedrijf. Zie hierover nader paragraaf 13.6.3.

En dan is er nog wat lagere jurisprudentie over de feitelijke toegankelijkheid op zichzelf beschouwd. Slechts toegankelijk voor leden van aangesloten organisaties of andere

104 HR 15 januari 1993, *NJ* 1994, 228 en 3 oktober 2003, *NJ* 2003, 729/*WR* 2003, 78.
105 Rb. Den Haag 29 april 1997, *WR* 1997, 87 en Hof Amsterdam 26 juni 1997, *KG* 1997, 223 (*WR* 1998, 27).
106 HR 8 januari 1987, *NJ* 1987, 619 en HR 18 juni 1993, *NJ* 1993, 614.
107 Ktr. Amsterdam 23 mei 2002, kenmerknummer EA 02-2264 (n.g.).

besloten groepen en dus niet voor publiek is een horecavoorziening van een zalencomplex (foyer met bar, buffet en dienstruimte).[108] De toegankelijkheidsdrempel voor het publiek is eenvoudigweg te hoog. Een besloten horecabedrijf (eveneens met de naam 'sociëteit') waarbij het gehuurde louter aan besloten gezelschappen wordt verhuurd en slechts incidenteel ten behoeve van publieke activiteiten, is evenmin voor publiek toegankelijk,[109] evenals de studentensociëteit waar slechts na ballotage toegankelijkheid ontstaat. Ook bij een videotheek bestaat soms een toegankelijkheidsdrempel op het punt van de minimumleeftijdseis van 18 jaar, maar die is niet zodanig hoog dat niet aan het vereiste op dit punt wordt voldaan. Evenmin vermindert het enkele heffen van entreegelden de toegankelijkheid voor het publiek, zoals bij een discotheek, een pretpark, een zwembad en een dierentuin, mits de entreeprijs niet buitenproportioneel hoog is.

6.2.9 Onderdeel 9: '(…) bestemd (…) voor de uitoefening van een hotelbedrijf (…)'

De essentie van een hotelbedrijf is het verstrekken van logies op niet-duurzame basis. Op basis van de precieze tekst van artikel 7:290 lid 2 sub b BW kan worden vastgesteld dat voor een hotelbedrijf niet het aparte vereiste geldt dat een voor publiek toegankelijk lokaal aanwezig is om het hotelbedrijf als 'artikel 2:290 lid 2 BW'-bedrijfsruimte te kunnen kwalificeren. De consequentie hiervan is dat een pension met logies op niet-duurzame basis wel als een hotelbedrijf in de zin van artikel 7:290 lid 2 sub b BW dient te worden gekwalificeerd, in tegenstelling tot een pension dat slechts op duurzame basis logies verstrekt.

6.2.10 Onderdeel 10: '(…) bestemd (…) voor de uitoefening van een kampeerbedrijf (…)'

De reden van de vermelding van het kampeerbedrijf in sub c van artikel 7:290 lid 2 BW is dat zijn plaatsgebondenheid vanwege de aard van het bedrijf vaststaat. Evenmin als bij het hotelbedrijf wordt ook bij het kampeerbedrijf in artikel 7:290 lid 2 sub c BW niet het aparte vereiste gesteld dat sprake moet zijn van een voor het publiek toegankelijk lokaal, omdat dit naar het oordeel van de wetgever reeds uit de aard van het bedrijf voortvloeit. De minister lichtte dit in 1970 als volgt toe:[110]

> In verscheidene gevallen wordt het kampeerbedrijf uitgeoefend op een gehuurd stuk grond, waarop dan in de loop van de tijd allerlei voorzieningen en ook opstallen, zoals vakantiehuisjes, worden aangebracht. Het kampeerbedrijf is sterk aan een bepaalde plaats gebonden, mede door de beperkingen die er op het stuk van bouwen bestaan.

108 Ktr. Den Haag 23 maart 2000, *NJ* 2001, 8.
109 Ktr. Utrecht 21 mei 1997, *WR* 1998, 8.
110 Kamerstukken II 1969-1970 8 875 nr. 6 (MvA), p. 2.

> Het komt de ondergetekende daarom redelijk voor dat het kampeerbedrijf onder het ontwerp komt te vallen. Dat betekent in dit geval dat ook verhuur van ongebouwd onroerend goed als bedrijfsruimte in de zin van het ontwerp moet worden aangemerkt. De vormen waarin het kampeerbedrijf wordt uitgeoefend zijn velerlei. Er kan daarom behoefte bestaan aan een nadere uitwerking van het begrip 'kampeerbedrijf'. Met het oog daarop is de mogelijkheid geopend bij algemene maatregel van bestuur het begrip 'kampeerbedrijf' nader te omschrijven.

Een niet-bedrijfsmatig en besloten karakter van een kampeerbedrijf kan tot gevolg hebben dat artikel 7:290 lid 2 sub c BW niet van toepassing is, zoals in het geval van een besloten kampeervereniging (zonder winstoogmerk) die de jaarlijkse kosten, waaronder de huur, hoofdelijk over de verenigingsleden omslaat. Aldus blijkt dat de toegankelijkheid voor het publiek wel degelijk een rol speelt, zij het niet door middel van het uitdrukkelijk wettelijk vereiste van publieke toegankelijkheid, welk vereiste bij een kampeerbedrijf ontbreekt, doch door middel van de aard van het bedrijf.[111]

6.3 De 'afhankelijke woning'

Artikel 7:290 lid 3 luidt als volgt:

> Tot de in lid 2 bedoelde bedrijfsruimte worden ook gerekend de onroerende aanhorigheden, de bij het een en ander behorende grond en de, gelet op de bestemming, afhankelijke woning.

De wetgever heeft in het nieuwe huurrecht de oude term 'onzelfstandige woning' uit artikel 7A:1624 lid 2 BW vervangen voor het begrip 'afhankelijke woning'. Het betreft hier slechts een terminologische wijziging die geen inhoudelijke verandering ten opzichte van het oude huurrecht oplevert. De nieuwe term vermijdt eenvoudigweg het onder het oude huurrecht veel voorkomende terminologische misverstand in verband met het begrip 'zelfstandige woonruimte' in het huurrecht van woonruimte, waar de term een geheel andere betekenis heeft. Voor de 'afhankelijke woning' is derhalve het huurrecht van bedrijfsruimte van toepassing en niet het huurrecht c.q. het huurprijzenrecht van woonruimte. Op de letter van de wettekst gaat het om een woning die bestemd is om te worden bewoond en gebruikt door de huurder van de bedrijfsruimte. Men dient hierbij te denken aan een woning boven een restaurant waar de bedrijfsleider of een kok woonachtig is en die (ook) met een binnendeur eenvoudig te bereiken is, zodat men ook buiten de openingstijden een oogje in het zeil kan houden, leveranciers kan ontvangen en gerechten kan (voor)bereiden.[112]

111 Ktr. Hilversum 30 juli 2003, *Prg*. 2003, 6103/*JHV* 2004, 33.
112 Ktr. Den Bosch 23 oktober 2003, *Prg.* 2004, 6148.

Uit de oude Parlementaire Geschiedenis blijkt dat de wetgever ervan uitging dat een onzelfstandige woning onder het begrip 'bedrijfsruimte' dient te vallen, omdat het gebruik ervan door een ander dan de huurder van bedrijfsruimte op 'overwegende praktische bezwaren' zou stuiten.[113] Deze achterliggende strekking van het oude artikel 7A:1624 lid 2 BW heeft de lagere rechtspraak nader vormgegeven, waarbij het accent is gelegd op de bedoeling van huurcontractspartijen. Zo is gebleken dat dergelijke in de wetsgeschiedenis aangegeven 'bezwaren' niet alleen gelegen kunnen zijn in de bouwtechnische (interne) verbondenheid, maar ook in de omstandigheid dat de woning om andere redenen vanwege de feitelijke inrichting ervan niet separaat kán worden verhuurd en ook daadwerkelijk als één geheel ís verhuurd.[114] In de lagere rechtspraak is daarmee het criterium ontwikkeld van de zgn. 'economische verbondenheid' waarbij de partijbedoeling doorslaggevend is.[115] Dit criterium heeft de Hoge Raad in 1997 overgenomen, maar aangepast door de eventuele bewoningsverplichting en een interne binnendeur en trap niet doorslaggevend te achten. De Hoge Raad verschuift het accent van de partijbedoeling naar de noodzaak van bewoning vanwege de aard van het bedrijf. De uitspraak van de Hoge Raad komt erop neer dat sprake is van een onzelfstandige woning:

1. indien de bedrijfsruimte en de woning op basis van één huurovereenkomst voor één huurprijs zijn verhuurd (dit is slechts een aanwijzing voor de onzelfstandigheid van de woning; deze aanwijzing is niet gerechtvaardigd indien de woning zelfstandig verhuurd had kunnen worden vanwege het ontbreken van een onverbrekelijk verband met de bedrijfsruimte);
2. indien wegens de aard van het bedrijf sprake is van een noodzaak van een voortdurende en onmiddellijke aanwezigheid van de huurder;
3. indien de aard van het bedrijf niet zelfstandig is en daaraan wordt bijgedragen door de bewoning van de woning;
4. indien geen sprake is van een aparte rechtstreekse opgang van de woning.

De uitspraak van de Hoge Raad bevestigde daarmee enkele op dat moment reeds gewezen uitspraken van lagere rechters.[116]

Het gevolg van de vaststelling dat een bij een detailhandelsbedrijfsruimte behorende woning 'afhankelijk' (onzelfstandig) is, heeft vooral als gevolg dat de semi-dwingendrechtelijke termijn- en opzeggingsbescherming en de huurprijsbescherming tevens van toepassing zijn op de betreffende woning. Men dient de term 'afhankelijke woning' in het huurrecht van bedrijfsruimte, zoals hierboven is aangeduid, overigens wel uitdrukkelijk te onderscheiden van de term 'onzelfstandige' woning in het huurrecht van woonruimte, zoals gedefinieerd in artikel 7:234 BW en waarvan de tekst als volgt luidt:

---

113 Kamerstukken II (MvA) 1969-1970, 8 875, nr. 6, p. 6.
114 HR 2 december 1977, *NJ* 1978, 149.
115 Ktr. Rotterdam 14 april 1982, *Prg.* 1982, 1804; Ktr. Delft 17 december 1992, *Prg*. 1993, 3892.
116 Ktr. Rotterdam 20 juli 1995, *WR* 1995, 100 en Rb. Rotterdam 12 september 1996, *WR* 1998, 9.

> Onder zelfstandige woning wordt verstaan de woning welke een eigen toegang heeft en welke de bewoner kan bewonen zonder daarbij afhankelijk te zijn van wezenlijke voorzieningen buiten de woning.

De kwalificatie van een woning tot afhankelijke woning in het huurrecht bedrijfsruimte verhindert niet de mogelijkheid dat deze woning tevens een onzelfstandige woning in het huurrecht van woonruimte is.[117] Hiervan kan sprake zijn indien de woning voor wat betreft inrichting en gebruik uitdrukkelijk als zodanig in de hoofdhuurrelatie wordt verhuurd.[118] Indien dat het geval is, moet men in de praktijk bedacht zijn op de navolgende consequenties:[119]

1. huurbescherming bij hospitaverhouding (art. 7:232 lid 3 in samenhang met art. 7:274 lid 1 sub f BW);
2. onderhuurbescherming (art. 7:269 BW);
3. een geliberaliseerde huurprijs (art. 7:247 BW in samenhang met art. 3 lid 2 Uitvoeringswet Huurprijzen Woonruimte);
4. toetsing van de huurprijs (art. 7:245 BW in samenhang met art. 10 UHW);
5. de mogelijkheid van huursubsidie (Huursubsidiewet);
6. de verplichting van een huisvestingsvergunning (Huisvestingswet en -verordening).

6.4 Bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:230A BW

De wetgever definieert in artikel 7:230A lid 1 BW de restcategorie ten opzichte van de hoofdcategorie van artikel 7:290 lid 2 BW:

> Heeft de huur betrekking op een gebouwde onroerende zaak of gedeelte daarvan en is die zaak of dat gedeelte noch woonruimte, noch bedrijfsruimte in de zin van deze titel, dan kan de huurder…

In de praktijk komt het erop neer dat al datgene wat niet onder de vigeur van artikel 7:290 lid 2 BW valt, automatisch onder de regeling van artikel 7:230A BW valt.

Enkele voorbeelden van overige bedrijfsruimte (art. 7:230A BW)

– *Autoverhuurbedrijf*

Autoverhuur valt niet onder kleinhandels- of ambachtsbedrijf in de zin van artikel 7:290 lid 2 BW.[120] Indien echter de wettelijke term 'levering' geactualiseerd zou worden in (bijvoorbeeld) 'levering en verhuur' zou de uitkomst anders uitpakken (zie: videotheek).

---

117 Rb. Amsterdam 12 september 2001, *WR* 2002, 32.
118 HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 421.
119 Ktr. Tilburg 15 november 2001, *Prg*. 2002, 5839.
120 Ktr. Leiden 6 augustus 1980, *Prg*. 1981, 1537.

– *Bankfiliaal*

Filiaalkantoren van bankinstellingen vallen, zo blijkt uit de Parlementaire Geschiedenis, onder overige bedrijfsruimte omdat zij niet onder de artikel 7:290 lid 2 BW genoemde soorten bedrijven vallen, ondanks een zekere plaatsgebondenheid in verband met hun buurtfunctie.[121] De minister maakt het onderscheid tussen detailhandelsbedrijfsruimte en de overige bedrijfsruimte in dergelijke gevallen in 1970 duidelijk door te stellen dat:[122]

> meer in het bijzonder is gedacht aan uitoefening van de detailhandel en van ambachtsbedrijven. De plaatsgebondenheid speelt bij deze bedrijfsvormen een belangrijke rol, omdat de klanten het bedrijf bezoeken. Daarbij komt, dat de uitoefening van de detailhandel en van de ambachtsbedrijven in de regel bijzondere eisen stelt aan de inrichting van het pand. Waar het op aan komt is dus dat er een verkooppunt ten opzichte van het publiek is. Andere soorten van bedrijven, zoals bijv. de groothandel en administratieve kantoren, hebben geen binding aan een plaatselijke klantenkring, zodat er ook geen wezenlijke plaatsgebondenheid bestaat.

De essentie van het onderscheid tussen kleinhandels- en ambachtsbedrijven en kantoren (zoals het bankfiliaal) doch ook de overige panden met betrekking tot vrijeberoepsbeoefenaren ligt in het feit dat de eerste categorie niet eenvoudig kan worden verplaatst met behoud van klantenkring en de tweede categorie wél omdat deze laatste meer persoonsgebonden goodwill kweekt dan locatiegebonden goodwill. Slechts in het laatste geval is investeringsbescherming en dus huur(prijs)bescherming op zijn plaats.[123]

– *Bioscoop*

Een (seks)bioscoop is niet aan te merken als een ambachts- of kleinhandelsbedrijf in de zin van artikel 7:290 lid 2 BW en wordt in de opsomming van dat artikel ook niet vermeld en behoort daarmee logischerwijs onder de overige bedrijfsruimte als bedoeld in artikel 7:230A BW.[124] In zijn noot onder het reisbureau-arrest[125] gaat Zonderland hierop nader in:

> Bij het seksbioscooparrest bleek dat de Hoge Raad er niet voor voelt om met een beroep op de strekking van de bedrijfsruimtebepalingen de werking ervan uit te breiden tot bedrijven waarvan bij grammaticale uitleg zonder meer duidelijk is dat zij niet behoren tot één in art. 1624 genoemde bedrijven. Bij de negatieve beantwoording van de vraag of een seksbioscoop bedrijfsruimte in de zin van art. 1624 BW is, volstond de

121 Ktr. Heerlen 15 april 1981, *NJ* 1981, 438.
122 Kamerstukken II (MvA) 1969-1970, 8 875, nr. 6, p. 2.
123 Venekatte legt dit op p. 18 en 19 duidelijk uit, waarbij zij aanhaakt op opmerkingen van de Minister in de Memorie van antwoord.
124 HR 22 juli 1976, *NJ* 1977, 6.
125 HR 2 december 1977, *NJ* 1979, 103.

Hoge Raad met de constatering dat deze niet valt te rangschikken onder de categorieën ambachtsbedrijf of kleinhandelsbedrijf.

– *Casino*

Het gelegenheid bieden om ter plekke aan een kansspel deel te nemen valt niet onder kleinhandel;[126] de horeca-activiteiten zijn, zoals hierboven reeds is behandeld, doorgaans slechts van ondersteunende aard.[127] Evers meent wat het horeca-element in casino's en bingozalen een (kleine) opening te signaleren die tot een ander oordeel kan leiden, waarmee Venekatte zich (m.i. terecht) niet mee kan verenigen. [128]

– *Constructiebedrijf*

Hoewel onder bepaalde omstandigheden een las- en constructiebedrijf als ambachtsbedrijf kan worden aangemerkt indien de producten niet fabrieksmatig worden vervaardigd, valt een daartoe bestemde ruimte, indien deze niet een voor publiek toegankelijk lokaal voor rechtstreekse levering van roerende zaken of dienstverlening is, onder de categorie van overige bedrijfsruimte.[129] Zou het ambachtelijke karakter van het bedrijf komen vast te staan en zou komen vast te staan dat potentiële klanten in en uit kunnen lopen, dan kan de kwalificatie anders uitvallen.[130] Venekatte duidt hier m.i. terecht op onder verwijzing nar de parlementaire geschiedenis.[131]

– *Fitnesscentrum*

Een fitnesscentrum is geen kleinhandelsbedrijf of een ambachtsbedrijf in de zin van artikel 7:290 lid 2 BW. Het feit dat het gehuurde een voor het publiek vrij toegankelijke ruimte bevat, waarin zich een receptie en bar bevindt, maakt dit niet anders, omdat de horecaomzet van ondergeschikte betekenis is ten opzichte van de omzet die behaald wordt uit fitnessactiviteiten.[132] Venekatte[133] komt via een andere route tot hetzelfde resultaat. Zij plaatst de verkoop van consumpties niet in het kader van horeca-activiteiten doch in de context van kleinhandel. Omdat de omzet uit het fitnessdeel van het bedrijf overheerst en bepalend is voor de kwalificatie is het verschil in de redenaties voor deze uitspraak niet van belang.

– *Jachthaven met winterstalling*

Een jachthaven met winterstalling waarbij de verhuur van schepen, ligplaatsen en winterstallingsplaatsen voor wat betreft de omzet en vloeroppervlakte overheersend zijn ten opzichte van de verkoop van brandstoffen en roerende zaken alsook ten opzichte

126 Pres. Rb. Breda 12 april 1985, *KG* 1985, 159.
127 Pres. Rb. Arnhem 14 september 1984, *KG* 1984, 283.
128 Evers, p. 51; Venekatte p. 11.
129 Ktr. Rotterdam 12 mei 1976, *Prg.* 1976, 1097.
130 HR 6 februari 1987, *NJ* 1987, 979 en HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 103.
131 Venekatte, p. 39 en p. 43.
132 Rb. Haarlem 1 augustus 1989, *NJ* 1990, 821/*Prg*. 1989, 3150.
133 Venekatte, p. 29.

van de reparaties aan schepen, is niet aan te merken als dienstverlening in het kader van een kleinhandelsbedrijf.[134]

– *Kleermaker*
Discutabel is de uitspraak van de kantonrechter te Hoorn dat een kleermaker, ondanks dat het beroep bedrijfsmatige trekken vertoont, geen (ambachts)bedrijf is maar een vrij beroep.[135] De overweging van de kantonrechter

> … dat niet is gesteld of gebleken dat requestrant personeel heeft, zodat zijn kleermakerij van bescheiden omvang is

is opmerkelijk omdat deze geen verband houdt met de vraag of er al of niet sprake is van een ambacht.[136]

– *Makelaardij en overige vrije beroepen (notaris, advocaat, arts)*
Makelaardij valt onder de categorie van het vrije beroep met een in het algemeen niet plaatsgebonden praktijk. Ik verwijs hiertoe naar de bovenstaande opmerkingen in het verband met het bankfiliaal. Het bestaan van grote makelaars-, advocaten- en accountantskantoren, waardoor het vrije beroep ondernemingstrekken krijgt, maakt blijkens de Parlementaire Geschiedenis dit niet anders. Er is immers ook bij de grote kantoren geen sprake van plaatsgebonden handel (die direct aan de verbruikers levert) waarbij bouw en de aantrekkelijke inrichting en ligging van belang zijn, en evenmin van een ambachtelijk handwerk (dat aangeleerd moet worden, als broodwinning beoefend), maar van persoonsgebonden dienstverlening, waar het publiek op afkomt vanwege de reputatie en niet vanwege de locatie.[137] Van den Heuvel benadrukt in zijn noot onder de aangehaalde uitspraak dat het makelaarsberoep zodanig ambulant is, dat men niet kan zeggen dat het gebruik van de bedrijfsruimte daarvoor geheel doorslaggevend is.

– *Passagebureau*
Het betrof hier de Iberia-balie op Schiphol. Indien in een dergelijke voor publiek toegankelijke ruimte op een vliegveld vliegtuigtickets worden verkocht c.q. gewijzigd en geannuleerd en informatie over reismogelijkheden wordt verstrekt is geen sprake van detailhandel. Blijkens de Parlementaire Geschiedenis is het passagebureau door de minister genoemd als voorbeeld van een bedrijfsruimte dat niet onder de in artikel 7:290 lid 2 BW genoemde bedrijven valt, omdat de plaatsgebondenheid daarbij nauwelijks een rol speelt.[138]

---

134 Rb. Leeuwarden 2 mei 2001, *Prg.* 2001, 5706, *WR* 2001, 84 en (ten vervolge daarop) HR 25 april 2003, *WR* 2003, 52/*JHV* 2004, 35, met daaraan voorafgaand een instructieve conclusie van A-G Keus.
135 Ktr. Hoorn 31 januari 1973, *Prg.* 1973, 869.
136 Op dezelfde voet: Venekatte, p. 21 en Evers, p. 46 (onder verwijzing naar de pruikenmaker).
137 Ktr. Groningen 13 maart 1978, *Prg*. 1978, 1275.
138 HR 2 december 1977, *NJ* 1979, 103.

– *Pedicure*
Een pedicurepraktijk is een ambachtelijk bedrijf, maar zonder een voor publiek toegankelijk lokaal levert dat niet de toepasselijkheid van artikel 7:290 lid 2 BW op en behoort de pedicure tot de overige bedrijfsruimte als bedoeld in artikel 7:230A BW.[139] Het valt op dat de kantonrechter in deze uitspraak voorbij gaat aan de restrictieve uitleg van de publieke toegankelijkheid bij ambachtsbedrijven zoals in de parlementaire geschiedenis aangeduid en zoals gehanteerd in het hierboven behandelde smederij-arrest en het eveneens hierboven behandelde drukkerij-arrest. Niet uitgesloten is dat deze twee arresten de kantonrechter aanleiding hadden gegeven om tot een ander oordeel te komen.

– *Showroom*
Een showroom kan, afhankelijk van de omstandigheden, zowel onder de 'artikel 7:230A BW'-categorie als de 'artikel 7:290 lid 2 BW'-categorie worden geschaard. Ik verwijs voor het debat op dit punt naar de bovenstaande paragraaf 6.2.4.

– *Sociëteit*
Het behoeft weinig betoog dat een (heren)sociëteit per definitie een niet voor het publiek toegankelijk lokaal is. Slechts sociëteitsleden mochten het gesloten horecabedrijf bezoeken en om deze reden was het object niet publiek toegankelijk en derhalve was categorie van de 'overige bedrijfsruimte' van toepassing.[140]

– *Verkoopkantoor van staatsloten*
De verkoop van staatsloten en het uitbetalen van prijzen kunnen niet worden aangemerkt als kleinhandel.[141] De handelsactiviteiten zijn vergelijkbaar met een reisbureau, een passagebureau en een bankfiliaal. Het wordt anders als dergelijke activiteiten worden gecombineerd met een substantiële verkoop van tabaksartikelen, kranten, tijdschriften en papierwaren. De Hoge Raad laat in deze uitspraak het oordeel van de rechtbank in stand waarin uitgegaan wordt van (1) in het spraakgebruik met 'kleinhandel' wordt bedoeld en (2) waarin tevens art. 1 lid 1 Vestigingenwet Detailhandel ('het begrip detailhandel beperkt zich tot de (bedrijfsmatige) verkoop (aan particulieren) van roerende lichamelijke zaken), waarvan in casu geen sprake was. Ook overweegt de rechtbank dat de handelswaar meer overeenkomsten vertoont met die van een reis- en passagebureau of een bankfiliaal dan met hetgeen in het spraakgebruik als detailhandel wort aangemerkt. Venekatte[142] acht deze uitspraak juist en legt daartoe het accent op het feit dat geen roerende zaken doch 'kansen op rijkdom' worden verkocht zodat de overeenkomst met een gokspel meer voor de hand ligt. Zij manoeuvreert hier taalkundig om het woord 'kanslot' heen, welke term uiteraard wel degelijk

139 Ktr. Tiel 15 april 1998, *Njk* 1998, 50 en *Prg.* 1998, 4968.
140 Ktr. Den Haag 23 maart 2000, *WR* 2001, 8.
141 HR 1 juni 1984, *NJ* 1985, 31.
142 Venekatte, p. 27-28.

een roerende zaak is en haar betoog acht ik dan ook niet juist. Evers[143] is naar mijn mening terecht een ander oordeel toegedaan, onder verwijzing naar tabaks- en/of tijdschriftzaken (van waaruit doorgaans tevens allerlei loten worden verkocht) die wél de art. 7:290 BW-bescherming toekomen.

– *Winkel-in-niet-winkel*
De kwalificatie kan, zoals hierboven in het kader van de voorbeelden van 'artikel 7:290 lid 2 BW'-bedrijfsruimte is gebleken, in beginsel zowel onder de noemer van de detailhandelsbedrijfsruimte als de overige bedrijfsruimte worden gebracht, dit afhankelijk van de verschillende feitelijke omstandigheden. De kwalificatie 'overige bedrijfsruimte' was bijvoorbeeld van toepassing op een boekenstal in een universiteitsgebouw, omdat de ruimte in de collegezalenhal niet aangemerkt kon worden als een voor het publiek toegankelijk lokaal, gelet op de afsluitbaarheid van het terrein van het complex, de beperkte toegankelijkheid ervan (alleen voor leden van de universitaire gemeenschap en deelgenoten, voor het publiek kenbaar door borden 'verboden voor onbevoegden') en de bepaling in de huurovereenkomst, dat de verkoop alleen mocht plaatsvinden aan personeelsleden, studenten en gasten.[144]

6.5 Van onwenselijke flexibiliteit naar rechtszekerheid

De kwalificatie van een verhuurd object is doorslaggevend voor de vraag of een huurder huur(prijs)bescherming geniet dan wel slechts ontruimingsbescherming. Op dit punt speelt de behoefte aan flexibiliteit nauwelijks een rol omdat de huurder op dit onderdeel juist een sterke behoefte lijkt te hebben aan rechtszekerheid. Deze kennelijke behoefte is echter naar mijn oordeel niet zozeer gericht op het type object doch op de daarmee samenhangende twee sterk uiteenlopende wettelijke regelingen. De kwalificatievraag komt in de praktijk aan de orde zodra een huurder wordt geconfronteerd met een huuropzegging en ontruimingsaanzegging op basis van de categorie 'overige bedrijfsruimte'. Daarbij heeft de gemiddelde huurder een onbedwingbare neiging zich te nestelen in de categorie van de detailhandelsbedrijfsruimte, die hem de zo vurig gewenste huur(prijs)bescherming biedt. De verhuurder heeft de omgekeerde neiging en daarmee is het kwalificatiegeschil ontstaan.

De kwalificatiekwestie speelt welbeschouwd reeds eerder een rol, namelijk bij de vraag of een zaak onroerend of roerend is. Op dit onderdeel biedt de leer van de Hoge Raad de huurder de eerste stap naar de benodigde bescherming omdat het toegepaste subjectieve bestemmingscriterium minder stringent is dan de wetgever voorstaat met het goederenrechtelijke bedoeling van het objectieve criterium van art. 3:3 BW. De tweede stap is de huurrechtelijke kwalificatievraag waarbij wat bedrijfsruimten betreft de hierboven reeds aangestipte keuze moet worden gemaakt tussen de art. 7:290

143 Evers, p. 51.
144 Ktr. Rotterdam 16 oktober 1980, *NJ* 1981, 182.

lid 2-categorie en de art. 7:230A-categorie. Naast de in de wet aangegeven gevallen is een stroom (vooral lagere) jurisprudentie ontstaan waaruit blijkt dat de rechtspraak overwegend feitelijk getint is en gespeend van dogmatiek. Ondanks het feit dat de eenvoudig manipuleerbare feitelijke toevalligheden sedert 2000 (zie de onder paragrafen 6.2.8 en 13.6.3 aangehaalde jurisprudentie) plaats maken voor een volle en brede toetsing door de rechter, waarbij de bedoeling van de bescherming van de huurder detailhandelsruimte steeds scherper in het vizier komt, ontstaat behoefte aan een principiële herijking van de aloude dogmatische uitgangspunten. Dit laatste dient de rechtszekerheid en dit is wat de kwalificatie betreft belangrijker dan flexibiliteit.

Niet alleen het debat rond de apotheek en de showroom, doch ook de achterhaalde definiëring in art. 7:290 lid 2 BW waardoor een videotheek uit de boot valt en niet te vergeten de overschatte waarde van de drukkerij-uitspraak uit 1996 acht ik veelbetekenend voor het gebrek aan rechtszekerheid. Gezien de overwegend feitelijke en praktische benadering van kwalificatiegeschillen in de rechtspraak (zie ook: paragraaf 13.6) noteer ik een kennelijke onmogelijkheid een principieel afgrenzingsprobleem naar behoren op te lossen. De oorzaak hiervan schuilt naar mijn mening in het ontbreken van een geactualiseerde dogmatiek. En de variaties die we nog kunnen verwachten zijn schier eindeloos. Onduidelijk is bijvoorbeeld in hoeverre de dogmatiek op de achtergrond blijft in het geval van een huisarts met een apotheek aan huis waarbij tevens drop wordt verkocht. Op grond van de schaarse casuïstische gevallen valt in een dergelijk geval niets met zekerheid te zeggen over de uitkomst. Realistisch is echter dat voor de kwalificatie van objecten waarin met name een vrije beroepsbeoefenaar tevens activiteiten ontplooit met detailhandelstrekken een grens moet bestaan aan het verruilen van dogmatische overwegingen voor feitelijke overheersendheid. Evers maakt in het apothekendebat daar met zoveel woorden terecht een punt van.

Naar mijn overtuiging dient het principiële punt te worden opgelost door het bestaan van de wettelijke categorieën op zichzelf beschouwd te heroverwegen. Daarmee kan een nieuw stelsel worden ontworpen met als primaire doel het ons verlossen van dergelijke, op feitelijkheden gebaseerde debatten. Kortom: het is hoog tijd voor nieuwe principes. Het is niet zonder reden dat in Frankrijk en Zwitserland een principiële uitbreiding van het toepassingsbereik van de detailhandelsbedrijfsruimtecategorie heeft plaatsgevonden ten gunste van de vrije beroepsbeoefenaars (zie de paragrafen 3.4 en 3.5). Niet gehinderd door oude dogmatische belemmeringen (en dankzij een vermoedelijk stevige lobby van de belanghebbenden) kon een dogmatische herijking in deze landen kennelijk vrij eenvoudig gebeuren. Niets staat eraan in de weg dat ook de Nederlandse wetgever daartoe het debat opent, immers, zoals Huydecoper[145] in Mok-*aria* schreef: 'Wat het zwaarst weegt…'.

145 J. L. R. A. Huydecoper, 'Wat het zwaarst weegt', Mok-*aria*, Deventer, 2002, p. 97 t/m 105.

Aldus wil ik een lans breken voor het opheffen van de in 1970 geformuleerde markeringslijnen tussen de art. 290 lid 2-categorie en de 230A-categorie. Reeds vanwege het tijdsverloop is een grondige heroverweging op zijn plaats. Meer in het bijzonder stemt tot overpeinzing dat de anno 1970 uitdrukkelijk als beperkt bedoelde detailhandelsbedrijfsruimtecategorie sedertdien geen principiële opknapbeurt heeft gehad die anno 2005 bepaald nodig is, gezien de onwenselijke debatten rond bijvoorbeeld de apotheek, de showroom en de videotheek. Ook de sedertdien sterk toegenomen welvaart, de vercommercialisering van de maatschappij, de verdwenen schaarste en de aanzienlijk versterkte positie van bedrijfsmatige huurders (in beide categorieën) maakt een principiële herijking noodzakelijk. Uit de jurisprudentie blijkt een behoefte aan een ruimhartige toepassing van de 290 lid 2-categorie maar het debat stokt vanwege de dogmatische belemmering waarop Evers (aangehaald in paragraaf 6.2.4) -terecht- doelt.

Het eerdere uit 1995 daterende wetsvoorstel 24 150 (zie paragaaf 2.2.2) beoogde evenzeer een principiële herijking doch dit strandde al kort na afvaart wegens gebrekkige voorbereiding en dienovereenkomstig ontoereikend politiek draagvlak. Niettemin meen ik dat een principiële herijking andermaal aan de orde moet worden gesteld. Ook de wettechnische onvolkomenheden, met name aangaande de bevoegdheid van de kantonrechter in verzoekschriftprocedures (zie de paragrafen 7.3.3 en 13.6.1), de anticumulatieregeling (zie paragraaf 4.1.6), de verkeerde situering van art. 7:230A BW (zie paragraaf 13.1), de onjuiste redelijkheidstoetssteen bij complexgewijze renovaties (zie paragraaf 5.4.4), het niet functionerende semi-dwingend recht in titel 7.4.6 BW (zie paragraaf 1.2) in combinatie met de vaststelling dat blijkens de andere en betere opzet van semi-dwingend recht in andere rechtsgebieden alsook in België, Frankrijk en Zwitserland, semi-dwingend recht op een andere en betere wijze kan worden opgetuigd (zie o.a. de paragrafen 3.6 en 5.7.1 t/m 5.7.3), de niet op bedrijfsruimte toegesneden gebrekenregeling (zie paragraaf 5.3.1) geven alle aanleiding om tot een principiële herijking van het wettelijk huurrecht bedrijfsruimte in brede zin te komen waarbij, wat de kwalificatie betreft, de unieke opzet van het wettelijk huurrecht bedrijfsruimte in Zwitserland (zie paragraaf 3.5) tot inspiratie kan dienen.

Het uitgangspunt bij dit debat dient te zijn het herijken van de dogmatiek op basis van de behoefte aan huur(prijs)bescherming van titel 7.4.6 BW. Het behoeftepatroon was immers evenzeer in de jaren '50 het uitgangspunt en het is dus niet meer dan logisch de behoefte andermaal in kaart te brengen. De wetgever dient zich daarbij puur te concentreren op bedrijfsruimte zodat men is bevrijd van op het huurrecht van woonruimte toegesneden overwegingen. Tezamen met de hierboven kort aangeduide onvolkomenheden kan dan tevens de muur tussen de beide categoriëen bedrijfsruimte worden geslecht. Daarbij dient als uitgangspunt het opstellen van een brede regeling voor bedrijfsruimte in zijn totaliteit waarin, op de voet van de unieke Zwitserse wettelijke regeling, rechtszekerheid en flexibiliteit zorgvuldig op elkaar kan worden afgestemd en worden gereguleerd. Direct daarmee samenhangend acht ik het wenselijk om, op de voet van de indeplaatsstellings- en onderhuurregelingen in België, Frankrijk en Zwitserland een nieuw en breed inhoudelijk fijnmazig stelsel te ontwikkelen waarbij

ingeval van een afwijking van dwingende wetsbepalingen de wet nauwkeurig aangeeft op welke gronden deze afwijking gerechtvaardigd is. De hiermee samenhangende ontmanteling van het (semi-)dwingendrechtelijke systeem doet de zin van het bestaan van de twee categorieën bedrijfsruimte wegvallen. Aldus komt men tot een nieuw, geactualiseerd en op behoefte gebaseerd evenwichtig wettelijk systeem, bevrijd van onwenselijke kwalificatiegeschillen.

7 Termijnbescherming

7.1 De achtergrond van de termijnbescherming

Termijnbescherming is vanuit wetshistorisch perspectief (zie hoofdstuk 2) de meest wezenlijke bescherming van de huurder van detailhandelsbedrijfsruimte. Ook bij het wetgevingsoverleg in het kader van het wetsvoorstel 24.150 bleek dat voor een eventuele afschaffing daarvan geen maatschappelijk draagvlak bestaat.[1] Als gevolg van de wettelijke termijnbescherming en meer in het bijzonder als gevolg van de direct hieraan gekoppelde opzeggingsbescherming kunnen namelijk de door de huurder als ondernemer gerealiseerde investeringen in de voor deze belangrijke plaatsgebonden bedrijfsruimte binnen redelijke tijd worden terugverdiend en kan goodwill worden opgebouwd. Zoals uit de wetsgeschiedenis (zie paragraaf 2.2.2) blijkt is dit niet alleen goed voor de individuele ondernemer; het is ook goed voor de economie als geheel waarbij investeringen van ondernemers als vliegwiel functioneren, hetgeen met name in de jaren '50 een hoge politieke prioriteit had.

Het nieuwe huurrecht bedrijfsruimte geeft de termijnbescherming en de daaraan gekoppelde opzeggingsbescherming in artikel 7:292 t/m artikel 7:300 BW overzichtelijk weer. De vele herhalingen en verwijzingen van het oude huurrecht zijn verdwenen. Gelijk als in het oude huurrecht is in het nieuwe huurrecht het uitgangspunt gehandhaafd dat de huurovereenkomst voor ten minste vijf jaar geldt en vervolgens tot ten minste tien jaar wordt verlengd (artikel 7:292 BW en artikel 7:293 BW). Ook de op de termijnbescherming gebaseerde verplichte beëindigingsgronden na vijf resp. tien jaar zijn in het nieuwe huurrecht gehandhaafd (art. 7:296 BW). Wel zijn enkele formaliteiten gewijzigd. De opzegging en beëindiging van huurovereenkomsten aangaande detailhandelsbedrijfsruimte worden, in directe aansluiting op de termijnbescherming in hoofdstuk 8 uitgediept.

7.2 De hoofdregel: vijf plus vijf jaar

7.2.1 De duur van de eerste huurperiode

Gelijk als het in vóór 1 augustus 2003 geldende huurrecht bedrijfsruimte blijft de termijnbescherming van vijf plus vijf jaar ook in het nieuwe huurrecht gehandhaafd. Deze

1 Kamerstukken II 1997/1998, 24 150, nr. 13 (Verslag van een wetgevingsoverleg van 15 december 1997).

termijnbescherming komt naar voren in de wettelijke minimumduur van een huurovereenkomst van detailhandelbedrijfsruimte. Uit artikel 7:292 lid 1 BW vloeit voort dat de huurovereenkomst voor detailhandelsbedrijfsruimte van rechtswege voor een periode van vijf jaar geldt, onafhankelijk van de eventuele omstandigheid dat de tussen partijen afgesproken huurperiode korter is dan vijf jaar. De afspraak aangaande een duur van vier jaar kan dus niet geldig worden gemaakt indien deze ten nadele van de huurder is gemaakt. Een dergelijke afspraak wordt namelijk door het semi-dwingendrechtelijke voorschrift van de minimumduur van vijf jaar opzijgezet (zie daarover paragraaf 1.2 alsook de onderstaande paragraaf 7.5). Eveneens vloeit uit artikel 7:292 lid 1 BW voort dat indien partijen een langere duur dan vijf jaar zijn overeengekomen, die langere duur evenzeer geldig is. Deze periode kan variëren: een huurperiode van zeven jaar is rechtsgeldig, maar die van dertig jaar ook.

7.2.2 De duur van de verlenging

Artikel 7:292 lid 2 BW schrijft ten eerste voor dat de huurovereenkomst die (al of niet van rechtswege) voor vijf jaar geldt, na ommekomst van die periode van rechtswege wordt verlengd met een tweede periode van vijf jaar, zodat de totale lengte van de huurovereenkomst, inclusief de verlenging, in elk geval (minimaal) tien jaar is. In het verlengde van het in artikel 7:292 lid 1 BW vermelde voorschrift dat een huurovereenkomst met een overeengekomen looptijd langer dan vijf jaar maar korter dan tien jaar ook voor die langere duur geldig is, vermeldt artikel 7:292 lid 2 BW voorts dat de verlenging van een dergelijke huurovereenkomst zodanig beperkt wordt dat de totale duur ervan, inclusief verlenging, tien jaar wordt. Is bijvoorbeeld sprake van een huurovereenkomst van zeven jaar, dan is deze aldus krachtens artikel 7:291 lid 1 BW geldig en wordt na ommekomst van de overeengekomen duur verlengd met een periode van drie jaar, zodat de totale lengte op tien jaar uitkomt. Aldus worden door partijen overeengekomen afwijkende huurtermijnen van resp. korter dan vijf jaar en korter dan tien jaar automatisch door de semi-dwingendrechtelijke termijnbescherming teruggezet in het wettelijk sjabloon van vijf plus vijf jaar. Na tien jaar ontbreekt deze semi-dwingendrechtelijke termijnbescherming van vijf plus vijf jaar en kunnen partijen op het punt van de duur van de huurovereenkomst vrijelijk afspreken wat ze willen; het semi-dwingend recht legt hen dan op dit gebied geen wettelijke beperkingen meer op. De investeringen worden immers volgens de wetgever na tien jaar verondersteld te zijn afgeschreven. De goodwill wordt volgens de wetgever na tien jaar verondersteld te zijn opgebouwd. De huurder behoeft na tien jaar nauwelijks nog bescherming.

Termijnbescherming is nauw gekoppeld aan opzeggingsbescherming. Eerst na ommekomst van de wettelijke termijn van vijf jaar en eerst na ommekomst van de termijn langer dan vijf jaar maar korter dan tien jaar kan de huurovereenkomst worden opgezegd, zo schrijft artikel 7:293 lid 1 BW voor. Voor de behandeling van de beëindiging van de huurovereenkomst na opzegging wordt verwezen naar paragraaf 8.2. Termijnbescherming is op soortgelijke wijze nauw gekoppeld aan huurprijsbescherming, welk onderwerp in hoofdstuk 11 wordt behandeld.

7.3 Het semi-dwingendrechtelijke karakter van (o.a.) de termijnbescherming

De wettelijke grondslag in kort bestek
Krachtens artikel 7:291 lid 1 BW kan van de wettelijke bepalingen van de afdeling 6 van titel 7.4 BW (het specifieke huurrecht van detailhandelbedrijfsruimte en overige bedrijfsruimte) niet ten nadele van de huurder worden afgeweken. (Afwijking is dus niet in elk geval onmogelijk.) Op dit onderwerp ben ik reeds in paragraaf 1.2 kritisch ingegaan en ik ben zo vrij daarnaar te verwijzen. Dit voor de praktijk belangrijke voorschrift betreft niet alleen bij detailhandelsbedrijfsruimte de termijnbescherming c.q. de opzeggingsbescherming (zie hoofdstuk 8), maar ook de huurprijsbescherming (hoofdstuk 11), de indeplaatsstelling (hoofdstuk 10) en de beëindigingsregels van de categorie 'overige bedrijfsruimte' (hoofdstuk 13). Uit artikel 7:291 lid 2 BW vloeit voort dat bedingen die ten nadele van de huurder afwijken van de bepalingen van afdeling 6 van titel 7.4 BW kunnen worden vernietigd. Op deze hoofdregel bestaan vier beperkingen c.q. uitzonderingen die in de onderstaande paragrafen 6.3.1 t/m 6.3.4 zullen worden behandeld.

Artikel 7:291 BW wijkt op een belangrijk punt af van het oude artikel 7A:1629 BW dat slechts erin voorzag dat dwingendrechtelijke wetsbepalingen onverkort van toepassing zijn, ook indien partijen anderszins zijn overeengekomen. Onderstaand wordt kort ingegaan op hetgeen er in het nieuwe huurrecht per 1 augustus 2003 is veranderd aan het karakter van bedingen in huurovereenkomsten die afwijken van het semi-dwingende huurrecht van bedrijfsruimte van titel 7.4 BW. Allereerst evenwel enkele beschouwingen over de toepassing van de begrippen 'vernietigbaarheid' en 'nietigheid'.

Vernietigbaarheid en nietigheid
Semi-dwingend recht betekent veelal wettelijke bescherming. In het huurrecht van bedrijfsruimte denken we daarbij meteen aan de huurder die moet worden beschermd, hetgeen immers voortdurend de primaire bedoeling van de wetgever is. De vraag dringt zich op wat dit voor de praktijk betekent. Semi-dwingend recht bevat in de praktijk twee elementen: een bepaalde wettelijke regel en een verbod op het beding dat ten nadele van de huurder van die wettelijke regel afwijkt. Indien partijen een bepaald onderwerp in een huurovereenkomst ongeregeld hebben gelaten, zoals het afspreken van een huurperiode van vijf jaar, hebben zij niet in strijd met het verbod gehandeld en treedt de wettelijke regel op de voorgrond. In het in de bovenstaande paragraaf 7.2.1 gegeven voorbeeld is dat artikel 7:292 lid 1 BW, op grond waarvan voorzien wordt in een wettelijk voorgeschreven eerste minimale huurtermijn van vijf jaar.

De wettelijke regel én het verbod worden actueel indien partijen in het geval van huurrecht bedrijfsruimte een afspraak hebben gemaakt die ten nadele van de huurder in strijd is met een bepaalde wettelijke regel. In het hierboven gegeven voorbeeld is dat bijvoorbeeld een eerste huurperiode van vier jaar terwijl de huurder vijf jaar behoefde, bijvoorbeeld omdat een nieuw door deze te bouwen bedrijfsobject niet eerder dan na

ommekomst van die termijn gereed kan zijn. Op grond van art. 3:40 lid 2 BW leidt een dergelijke overtreding van het verbod tot vernietigbaarheid van het betreffende beding omdat afwijking van art. 7:292 lid 1 BW in het nadeel is van de huurder die door dat artikel nu juist diende te worden beschermd.

De wetgever is in het algemeen ervan uitgegaan dat de bewoordingen van de betreffende wetsbepaling aangeven welke sanctie geldt bij daarvan afwijkende bedingen.[2] Zo stelt artikel 7:294 BW uitdrukkelijk dat een opzegging door de verhuurder nietig is indien zij niet de gronden vermeldt die tot de opzegging hebben geleid. Veelal zwijgt de wet evenwel hierover of is ten minste onduidelijk, zoals ook in het oude huurrecht het geval was bij 7A:1629 BW. In dat geval is de sanctie 'vernietigbaarheid' aan de orde indien een verbod slechts strekt tot bescherming van één van de huurcontractspartijen. In het huurrecht van bedrijfsruimte was (en is) de bescherming van de huurder het punt waar alles om draait en is de grondslag van nagenoeg alle wetsbepalingen. Vernietigbaarheid was en is dan ook de enige passende sanctie indien de betreffende wetsbepaling niet uitdrukkelijk de nietigheidssanctie vermeldt.

Vernietiging kan krachtens art. 3:49 BW door middel van een zgn. 'buitengerechtelijke verklaring' dan wel door middel van een uitspraak van de rechter (zie aangaande deze laatste variant meer in het bijzonder art. 3:51 BW) worden gerealiseerd. Bij een buitengerechtelijke verklaring dient men daarbij te denken aan een aangetekende brief, een faxbericht of een deurwaardersexploot. Nietigheid is in zijn algemeenheid de sanctie voor alle overige gevallen, met name in die waarin de wetsbepaling dit uitdrukkelijk aangeeft en waarbij het algemeen belang of belangen van derden is resp. zijn gediend met de desbetreffende semi-dwingendrechtelijke wetsbepaling (zie paragraaf 1.2). Is een beding nietig, hetzij na een bevoegdelijk verrichte vernietiging, hetzij van rechtswege, dan wordt de daardoor ontstane leemte in de huurovereenkomst opgevuld met de regel of, anders gezegd, het voorschrift van de semi-dwingendrechtelijke wetsbepaling.[3]

In het huurrecht wordt veelal van 'nietigheid' en 'het doen van een beroep daarop' gesproken, terwijl in het huurrecht van bedrijfsruimte zoals dat is opgenomen in afdeling 6 van titel 7.4 BW, op één uitzondering na, 'vernietigbaarheid' de juiste term is. Voorzover in het huurrecht van bedrijfsruimte gesproken wordt van het 'inroepen van de nietigheid' lijkt dit juist, indien daarmee geduid wordt op vernietigbáárheid. De term 'nietigheid' als enkele kwalificatie van een beding dat van het semi-dwingend recht afwijkt, is in het huurrecht van bedrijfsruimte (behoudens het geval van artikel 7:294 BW) niet juist. De beschermingsgedachte in het huurrecht van bedrijfsruimte op

2 N. M. van der Horst, 'Het nieuwe huurrecht', *NTBR*, 1999, nr. 3.

3 Zie voor een algemene beschouwing over nietigheid en vernietigbaarheid: A. R. Bloembergen e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, 2001, p. 235 e.v. en voor een diepgaande behandeling van dit onderwerp: Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, diss. Leiden, 1989.

grond waarvan het gebruik van de term 'vernietigbaarheid' in de rede zou liggen, maakt het bezigen van de onjuiste terminologie kennelijk niet anders. Uit de Parlementaire Geschiedenis[4] blijkt dat in het Burgerlijk Wetboek de term 'nietigheid' in zijn algemeenheid vaak (ten onrechte) ongewijzigd is gelaten, ook in gevallen dat het gaat om semi-dwingendrechtelijke beschermingsbepalingen, zoals in het huurrecht, die volgens artikel 3:40 lid 2 BW in beginsel tot vernietigbaarheid zouden leiden. Volgens de Parlementaire Geschiedenis is de oorzaak hiervan dat daardoor de mogelijkheid wordt opengelaten dat de rechter deze nietigheden bijvoorbeeld ambtshalve toepast in verstekzaken. Dit laatste kan uiteraard niet de rechtvaardiging zijn van het voortdurend gebruik in de praktijk van een verkeerde terminologie. Artikel 7:291 lid 1 en lid 2 BW maakt aan deze situatie een einde, omdat uit dit nieuwe artikel uitdrukkelijk voortvloeit dat bedingen die ten nadele van de huurder afwijken van het semi-dwingend recht van titel 7.4 BW kunnen worden vernietigd, dat wil zeggen vernietigbaar zijn.

In een enkel geval (naast artikel 7:294 BW) bestaat wel goed reden om van nietigheid en niet van vernietigbaarheid te spreken. Een apart fenomeen is de (huur)overeenkomst die wordt gesloten zonder dwingendrechtelijke toestemming van een bepaalde overheidsinstantie. Een dergelijke (huur)overeenkomst is in strijd met de wet en dus (van rechtswege) nietig (zie paragraaf 1.2).

Partiële nietigheid
Indien een huurovereenkomst een van het semi-dwingend recht afwijkende afspraak bevat, is niet de gehele huurovereenkomst vernietigbaar, doch slechts het beding dat voorwerp is van de betreffende vernietigbaarheid op dat specifieke onderdeel. Uit artikel 3:41 BW vloeit immers voort dat zonder een onverbrekelijk verband tussen het betreffende beding en het overige deel van de (huur)overeenkomst, dit overige deel in stand blijft.

Het semi-dwingendrechtelijke karakter van de wettelijke bepalingen van het huurrecht van bedrijfsruimte is, zoals eerder is aangeduid, in zijn algemeenheid niet absoluut want het wordt op vier manieren beperkt. Onderstaand worden deze vier beperkingen c.q. uitzonderingen behandeld.

7.3.1 De eerste beperking van het semi-dwingend recht: de contractspartij

Van semi-dwingend recht afwijkende bedingen zijn niet zonder meer nietig of vernietigbaar. Deze beperking ligt besloten in de huurcontractspartij die zich in een voorkomend geval op de niet-rechtsgeldigheid van een bepaald beding in de huurovereenkomst wil beroepen wegens strijd met de wettelijk voorgeschreven termijnbescherming. Niet elke huurcontractspartij kan de nietigheid inroepen. Slechts de belanghebbende bij

4 Kamerstukken II (MvT) 1997/1998 26 089, p. 5 e.v.

semi-dwingendrechtelijke bescherming op een specifiek punt komt dit beroep toe en meer in het bijzonder indien het te beschermen belang wordt ondermijnd. Zoals hierboven reeds is aangeduid, is het evident dat de termijnbescherming vooral ten behoeve van de huurder en niet zozeer ten behoeve van de verhuurder in de wet is opgenomen; dit ten behoeve van het afschrijven van investeringen en het opbouwen van goodwill, hetgeen een redelijke tijd vergt die door de wetgever op vijf plus vijf jaar is gefixeerd. Het ligt dan ook in de rede dat in voorkomende gevallen slechts de huurder met succes een beroep kan doen op het vernietigbare karakter van bedingen in de huurovereenkomst die in diens nadeel afwijken van het semi-dwingendrechtelijk huurrecht. Omgekeerd is in principe hetzelfde mogelijk, hoewel dat niet vaak zal voorkomen: de verhuurder kan zich slechts beroepen op de vernietigbaarheid van bedingen die in diens nadeel in afwijking van het semi-dwingend recht in de huurovereenkomst zijn opgenomen.

Een voorbeeld uit de jurisprudentie van een beroep door de huurder op een niet-rechtsgeldig beding was de huurovereenkomst waarin het beding was opgenomen met de inhoud dat de huur niet eerder zou eindigen dan na drie maanden na het overlijden van de langstlevende van het verhuurdersechtpaar. Op de vernietigbaarheid hiervan (wegens de dwingendrechtelijke opzeggingsregeling van art. 7A:1625-1628a BW was voor rechtsgeldigheid van die afwijking goedkeuring op grond van art. 7A:1629 lid 1 en 2 BW vereist, welke goedkeuring ontbrak) kon volgens de Hoge Raad niet de verhuurder doch slechts de huurder zich met succes beroepen, omdat de voormelde dwingendrechtelijke opzeggingsregeling strekten tot bescherming van het belang van laatstgenoemde. Ook vond de Hoge Raad dat aan een zodanige nietigheid geen verdere werking toekwam dan tot bescherming van het belang van de huurder. Overigens oordeelde de Hoge Raad dat de huurder alleen een beroep kon doen op de nietigheid van het beding gedurende de eerste periode van 10 jaar (bestaande uit 5 + 5 jaar). Na ommekomst herleefde de rechtsgeldigheid van het beding, omdat de termijnbescherming na tien jaar dan was uitgewerkt.[5]

Een soortgelijke situatie leverde de kwestie op van de verhuurder die een beroep deed op het nietige karakter van een huurovereenkomst van 3 jaar, nadat de huurder tegen het einde daarvan had opgezegd.[6] Ook toen werd dit beroep afgewezen omdat het slechts de huurder was die door de afwijking van 7A:1625 BW in zijn belang werd getroffen en een beroep op nietigheid had kunnen doen. Deze uitspraak is gedaan onder de vigeur van het oude huurrecht waarbij van dwingend recht sprake was en waarbij dus beide huurcontractspartijen zich op de afwijking konden beroepen. Deze uitspraak

5 HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 701. Deze uitspraak wordt door sommigen als voorloper gezien van het huidige semi-dwingendrechtelijke karakter van titel 7.4.6 BW. In het verlengde hiervan: Ktr. Amsterdam 31 januari 2001, *WR* 2002, 26.

6 Ktr. Haarlem 3 april 1996, *Prg*. 1996, 4561.

kan derhalve worden beschouwd als een toepassing van het semi-dwingendrechtelijke systeem van art. 7:291 lid 1 BW 'avant la lettre'.

Van een beroep door de verhuurder op een niet-rechtsgeldig beding is een aardig voorbeeld het (wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid) mislukte beroep van een verhuurder op de dwingendrechtelijke opzeggingstermijn van een jaar, waarbij de verhuurder in een eerder stadium zelf de huurovereenkomst had opgesteld met een opzeggingstermijn van zes maanden. De semi-dwingendrechtelijk voorgeschreven minimale lengte van de opzegtermijn van een jaar, strekte volgens de kantonrechter tot bescherming van het belang van de huurder en niet tot dat van de verhuurder. De verhuurder kon zich dus niet erop beroepen dat de opzegtermijn te kort was, ondanks het feit dat niet de verhuurder maar de huurder met inachtneming van een termijn van zes maanden had opgezegd[7] (zie paragraaf 8.3.2).

7.3.2 De tweede beperking van het semi-dwingend recht: de duur

De hierboven aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad uit 1990 bevestigt tevens de wetstrekking van met name artikel 7:292 BW die erop neerkomt dat de semi-dwingendrechtelijke termijnbescherming na tien jaar afloopt waardoor logischerwijs tevens een beroep op nietigheid niet meer na tien jaar met succes kan worden gedaan, door welke huurcontractspartij dan ook. Dit betekent dat op zichzelf nietige bedingen (op het gebied van de termijn- c.q. opzeggingsbescherming) na ommekomst van tien jaar hun nietigheid van rechtswege verliezen en daarmee automatisch geldigheid verkrijgen. Indien bijvoorbeeld sprake is van een huurovereenkomst voor een afgesproken duur van vier jaar met een automatische verlengingsmogelijkheid voor twee keer eenzelfde periode, dan zijn de afspraken omtrent de aanvangsduur en de verlenging gedurende de eerste tien jaar niet rechtsgeldig wegens strijd met de semi-dwingendrechtelijke termijnbescherming van artikel 7:292 BW. Indien evenwel geen der huurcontractspartijen zich gedurende de eerste tien jaar van de huurovereenkomst op de vernietigbaarheid van deze niet-rechtsgeldige afspraken beroept, is vanaf de eerste dag na ommekomst van de periode van tien jaar opeens sprake van een voor wat betreft de duur wél rechtsgeldige huurovereenkomst van twaalf jaar, waarvan er op dat moment iets meer dan tien jaar zijn verstreken. De uitspraak van de Hoge Raad uit 1990 bevestigt, vanuit het oogpunt van de achterliggende strekking van de wettelijke termijnbescherming, de principiële mogelijkheid dat partijen na ommekomst van tien jaar volledig vrij zijn afspraken te maken over de duur van de huurovereenkomst. De semi-dwingendrechtelijke huurbescherming op dit specifieke onderdeel is immers na tien jaar in beginsel krachteloos en laat tevens eerdere van de wet afwijkende termijnafspraken onaangetast, voorzover daarvan de nietigheid niet is ingeroepen, waardoor zij de beschermingsperiode van tien jaar hebben 'overleefd'. Ten slotte onderschrijft deze uitspraak van de Hoge Raad uit 1990 het aanzienlijke belang van

7 Ktr. Zwolle 18 december 1990, *Prg.* 1991, 3524.

partijen gedurende de eerste vijf plus vijf jaar van de huurovereenkomst om goedkeuring aan de kantonrechter te verzoeken voor afwijkende bedingen als bedoeld in artikel 7:290 lid 1 BW, dit ten behoeve van de rechtszekerheid van beide huurcontractspartijen gedurende die periode(n).

7.3.3 De derde beperking van het semi-dwingend recht: de goedkeuring van de rechter voor afwijkende bedingen (art. 7:292 lid 2 en lid 3 BW)

Indien onderhandelende partijen om hen moverende redenen van het semi-dwingend recht in het huurrecht van bedrijfsruimte ten nadele van de huurder afwijkende afspraken willen maken welke naar hun oordeel niet behoren te worden opzijgezet, kunnen de aspirant-huurder en/of aspirant-verhuurder krachtens het bepaalde in artikel 7:291 lid 2 BW de afwijkende afspraken ter goedkeuring aan de rechter (in de wettekst had moeten staan: kantonrechter, zie hieronder voor een toelichting daarop) voorleggen. Deze mogelijkheid bestaat in het nieuwe huurrecht bedrijfsruimte vanaf 1 augustus 2003 voor alle wettelijke bepalingen van afdeling 6 van titel 7.4 BW, behoudens artikel 7:307 (indeplaatsstelling; zie daarover meer in paragraaf 1.2 en in hoofdstuk 10). In tegenstelling tot het oude artikel 7A:1629 BW geldt 7:292 lid 2 BW ook voor huurovereenkomsten met een langere duur dan de eerste tien jaar.

Goedkeuring vooraf dient de rechtszekerheid
Vanuit het belang van de rechtszekerheid van de aspirant-huurcontractspartijen verdient het de voorkeur dat op voorhand en dus reeds in de onderhandelingsfase tussen de betreffende aspirant-huurcontractspartijen goedkeuring voor één of meerdere afwijkende bedingen wordt verzocht. Immers, eerst na de door de rechter verleende goedkeuring zijn de van het semi-dwingend recht afwijkende bedingen niet meer vernietigbaar. Hieraan dient te worden toegevoegd dat slechts voor de semi-dwingendrechtelijke opzegtermijn van een jaar ingevolge artikel 7:293 lid 2 BW een niet-goedgekeurde afwijking niet vernietigbaar maar nietig is en dat op dit specifieke punt de goedkeuring van de rechter vooraf niet alleen (vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid) slechts de voorkeur verdient, maar zelfs is vereist teneinde de beoogde afwijkende opzeggingstermijn rechtsgeldigheid te doen verkrijgen.

Een gezamenlijk verzoek werkt bespoedigend
Goedkeuring voor een afwijkend beding kan slechts worden verzocht en gekregen voor één of meerdere specifieke bedingen en niet voor de gehele huurovereenkomst.[8] Op grond van artikel 7:291 lid 3 BW kan zowel de huurder als de verhuurder goedkeuring van één of meerdere afwijkende bedingen verzoeken. Voorkeur verdient niet een verzoek door één der partijen doch een gezamenlijk verzoek van beide partijen, niet alleen omdat zij in de meeste gevallen reeds overeenstemming zullen hebben bereikt over het betreffende beding of de betreffende bedingen die goedkeuring behoeven, maar ook

8 Ktr. Eindhoven 20 april 1983, *Prg*. 1983, 1973.

omdat dit bespoedigend werkt, hetgeen in de laatste onderhandelingsfase voorafgaand aan definitieve huurcontractsluiting van belang kan zijn.

Absolute bevoegdheid: rechter of kantonrechter?
Bevoegd om van het verzoekschrift kennis te nemen is krachtens artikel 7:291 lid 2 slotzin BW de rechter. Dit is een evidente verschrijving van de wetgever, die hier, blijkens de Parlementaire Geschiedenis van zowel art. 285 lid 1 oud-Rv als art. 7:291 BW uiteraard de kantónrechter heeft bedoeld. Sprake is derhalve van een kennelijke vergissing.[9] Titel II van het op 1 januari 2002 in werking getreden nieuwe Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aangaande de dagvaardingprocedures merkt huurzaken in art. 93 aanhef en sub c als kantonzaken. Dit artikel geldt echter niet voor de in Titel II Rv. geregelde verzoekschriftprocedures als in art. 7:291 lid 1 BW bedoeld. De kantonrechter is krachtens art 261 Rv. alleen bevoegd indien de wet dat uitdrukkelijk bepaalt. Nu in artikel 7:291 lid 2 (gelijk als in 7:230A lid 1 BW) niet de kantonrechter maar de rechter in absolute zin bevoegd wordt verklaard is de rechtbank op basis van de letterlijke wettekst terzake absoluut bevoegd. Op dit procesrechtelijke onderdeel punt dient de wet dus te worden aangepast, ondanks het feit dat in de praktijk de kantonrechter zich bevoegd acht onder verwijzing naar de hierboven aangehaalde Parlementaire Geschiedenis en de daarin besloten evidente bedoeling van de wetgever.[10] De wetswijziging kan vanuit huurrechtelijk perspectief geschieden, hetgeen wellicht nog enige tijd zal duren. Ook kan vanuit het perspectief van het burgerlijk procesrecht de wet worden gewijzigd, bijvoorbeeld door aan art. 261 lid 2 Rv. de navolgende zin toe te voegen: 'In verzoekschriftprocedures ter inleiding van een huurzaak is de kantonrechter bevoegd.' Het is te betreuren dat de Veegwet Nieuw BPR niet in een dergelijke wetswijziging voorziet.[11]

De inhoudelijke toetsing van het verzoek door de rechter
Artikel 7:291 lid 4 BW schrijft voor dat het verzoekschrift niet alleen de tekst van de goed te keuren bedingen moet bevatten, maar ook de gronden waarop het verzoek om goedkeuring berust. In het nieuwe procesrecht is dit overeenkomstig de per 1 januari 2002 geldende substantiërings- en bewijsaandraagverplichting van art. 111 lid 3 Rv. die uitdrukkelijk ook voor verzoekschriftprocedures geldt.

Met artikel 7:291 lid 3 BW staat de wetgever uitdrukkelijk een inhoudelijke toetsing van afwijkende bedingen voor ogen. Voor deze inhoudelijke (tweeledige) beoordeling van het verzoekschrift schrijft artikel 7:291 lid 3 BW voor dat de goedkeuring alleen wordt gegeven indien het beding de rechten die de huurder aan de afdeling 6 van titel

9 Kamerstukken II 2000/2001, 27 824, nr. 3, p. 23 en p. 42 resp. Kamerstukken II 1999/2000 26 932 nr. 4, p. 4. De verwarring aan het Binnenhof moet zijn ontstaan door de Nota van Wijziging van 16 oktober 2000 (Kamerstukken II 2000/2001, 26 932, nr. 6). Bij die Nota is aangegeven dat het woord 'kantonrechter' vervangen diende te worden door het woord 'rechter'. Daarop is vervolgens niet teruggekomen

10 Zie bijvoorbeeld: Ktr. Gouda, 17 november 2003, *JHV* 2004, 32/*WR* 2004, 18.

11 Wetsvoorstel 28 863 d.d. 1 mei 2003.

7.4 BW aangaande het huurrecht van bedrijfsruimte ontleent, *niet wezenlijk aantast of diens maatschappelijke positie in vergelijking met die van de verhuurder zodanig is dat hij die bescherming van de afdeling in redelijkheid niet behoeft.* Artikel 7:291 lid 3 BW heeft derhalve als consequentie dat de rechter zich in het specifieke beding en de positie van partijen zal moeten verdiepen. Deze nieuwe norm is geen gangbare norm in het Burgerlijk Wetboek en dient nader te worden ingevuld door de rechtspraak.

Artikel 7:291 lid 3 BW betekent in elk geval een zwaardere toetsing dan waarin het oude artikel 7A:1629 BW voorzag, op grond waarvan de kantonrechter vanwege 'bijzondere omstandigheden' zijn goedkeuring aan de bedingen mocht verlenen.[12] Dit was een bepaald open formulering, die de rechter in het oude huurrecht veel vrijheid gaf. De toetsing op grond van bijzondere omstandigheden had in het oude en t/m 31 juli 2003 geldende huurrecht op de letter van de wet geen zelfstandige betekenis en had slechts ten doel een rem aan te leggen door de kantonrechter eraan te herinneren dat er een bijzondere aanleiding moet zijn ten nadele van de huurder af te wijken van semi-dwingend recht.[13] Voor een aardig voorbeeld van een lichte toetsing moeten we teruggrijpen naar een uitspraak uit 1972: de omstandigheid dat indien van overheidswege vergunningen resp. ontheffingen niet of onder bezwarende voorwaarden verleend zouden worden dan wel de weg waaraan het gehuurde gelegen was zodanig gereconstrueerd zou worden dat exploitatie van het bedrijf dat in het gehuurde object zou worden uitgeoefend niet of nauwelijks meer mogelijk zou zijn, bleek voldoende bijzonder om een afwijkend beding goed te keuren.[14] Talrijker zijn evenwel de betrekkelijk recente voorbeelden uit de jurisprudentie waarbij de kantonrechter kritischer toetste dan waarin de wettelijke instructie voorzag en zich daarmee bediende van een zwaardere toetsing dan de wetgever in het oude huurrecht van vóór 1 augustus 2003 beoogde. Hierbij speelde het belang van de bescherming van de huurder voor de rechter een doorslaggevende rol. Niet alleen was er het betrekkelijk recente geval waarin de kantonrechter weigerde een beding goed te keuren dat de verhuurder de bevoegdheid gaf de huur van detailhandelsbedrijfsruimte te ontbinden indien de huurder wanprestatie pleegde in verband met de in het object aanwezige inventaris.[15] Ook is er het geval waarin een verzoek werd afgewezen omdat de verhuurder niet had aangegeven welke zwaarwegende belangen aan het voorgestelde afwijkende beding ten grondslag lag.[16] Daarnaast is er het geval waarin goedkeuring werd onthouden aan bedingen voor een huurovereenkomst van zestien jaar, die in een eenzijdige buitengerechtelijke tussentijdse beëindiging voorzagen. De kantonrechter achtte goedkeurig slechts mogelijk (noodzakelijk) voor huurovereenkomsten van maximaal tien jaar.[17] Wel toelaatbaar achtte de kantonrechter het beding terzake van een afwijkende huurtermijn van twee

12 Rb. Zwolle, 18 februari 1987, 897.
13 Kamerstukken (MvT) 1979/1980 15 666, p. 15.
14 Ktr. Rotterdam 15 augustus 1972, *Prg*. 1973, 787.
15 Ktr. Arnhem 15 mei 2000, *Prg*. 2000, 5499.
16 Ktr. Lelystad 22 maart 2001, *Prg*. 2001, 5679.
17 Ktr. Amsterdam 21 januari 2001, *WR* 2002, 26.

jaar, één maand en 28 dagen. Na ommekomst van deze termijn weigerde de (onder)-huurder te ontruimen omdat er niet was opgezegd. Het Gerechtshof oordeelde in appèl van een ontruimings-kort geding evenwel dat de onderhuurovereenkomst na ommekomst van deze termijn van rechtswege was geëindigd en wees de vordering tot ontruiming toe.[18]

Er bestaan meerdere gevallen waarin de huurovereenkomst voor wat betreft de einddatum op verzoek van de verhuurder diende te worden gelijkgeschakeld met een nauw daarmee samenhangende huurkoop-[19], resp. exploitatie- annex franchiseovereenkomst,[20] welke gelijkschakeling erop neerkwam dat wanneer de ene overeenkomst door ontbinding zou eindigen daarmee tevens de daaraan gekoppelde andere overeenkomst zou eindigen. Deze eenzijdige buitengerechtelijke ontbindingsbevoegdheid stuitte op grote bezwaren bij de onderscheidene kantonrechters. Niet alleen verhield de verzochte afwijking zich naar het oordeel van de kantonrechter(s) niet tot het wettelijk voorschrift dat een (huur)overeenkomst slechts door ontbinding door de rechter kan eindigen (in het nieuwe huurrecht vastgelegd in het tot de algemene bepalingen behorende artikel 7:231 BW), tevens verhield de voorgestelde afwijking zich naar het oordeel van de kantonrechter(s) niet met de belangen van de huurder, die als ondernemer en in die hoedanigheid als contractspartij bij een exploitatie- annex franchiseovereenkomst in het geheel geen semi-dwingendrechtelijke bescherming geniet. Voor wat betreft de perikelen rond de franchiseovereenkomst in algemene zin wordt verwezen naar hoofdstuk 13.

De goedkeuring van afwijkende bedingen bij brouwerijcontracten in het oude huurrecht
Onder het oude huurrecht van bedrijfsruimte van vóór 1 augustus 2003 werd het verzoek om afwijkende bedingen op de voet van artikel 7A:1629 BW vaak aangewend teneinde een beoogde onderhuurovereenkomst zodanig op een ter accordering voorliggende hoofdhuurovereenkomst te doen aansluiten dat de hoofdverhuurder tevens onderverhuurder altijd kon voldoen aan de termijnbescherming van de onderhuurder. In de praktijk speelde dit vaak een rol bij zgn. brouwerijcontracten, waarbij een brouwerij een horecapand huurt en dit onderverhuurt aan de exploitant, met wie gelijktijdig (al dan niet op basis van eenzelfde – gemengde – overeenkomst), een exploitatiecontract wordt aangegaan. Het is van groot belang, teneinde de exploitant van het horecabedrijf voldoende termijnbescherming te kunnen verlenen, dat de beide huurrelaties ten minste voor wat betreft de huurtermijn(en) op elkaar worden afgestemd.

Zo was er het geval waarbij de hoofdhuurovereenkomst voor een periode van vijf jaar was aangegaan. De kantonrechter werd verzocht in de door onderhandelingspartijen

18 Gerechtshof Amsterdam, 11 mei 2000, *Prg.* 2002, 5874.
19 Ktr. Arnhem 15 mei 2000, NJk 2000, 57.
20 Ktr. Gorinchem 28 oktober 1991, *Prg*. 1992, 3623 en Ktr. Terneuzen 3 april 1996, *Prg*. 1996, 4596.

beoogde onderhuurrelatie de verlenging van rechtswege uit te sluiten na ommekomst van de ook in die huurrelatie beoogde eerste huurperiode van vijf jaar. De aspirant-hoofdverhuurder werd niet ontvankelijk verklaard in diens verzoek omdat, zo luidde het oordeel van de kantonrechter, indien de hoofdhuurovereenkomst zou worden opgezegd, dat tevens met de onderhuurovereenkomst kon gebeuren. Omdat de termijnen in beide beoogde huurrelaties vijf jaar bedroegen, was dus voor de verzochte uitsluiting van semi-dwingend recht geen bijzondere omstandigheid. Deze uitspraak[21] is onder de vigeur van het oude huurrecht onbevredigend, omdat de opzeggingsgrond wegens dringend eigen gebruik wel in de hoofdhuurrelatie kon worden aangewend doch niet in de onderhuurrelatie, welke nota bene uit de wet voortvloeiende omstandigheid de kantonrechter ten onrechte niet in zijn oordeel heeft betrokken. Indien de hoofdhuurovereenkomst op basis van de opzeggingsgrond 'dringend eigen gebruik' beëindigd wordt, kan de hoofdhuurder tevens onderverhuurder dat niet op gelijke wijze in de onderhuurrelatie bewerkstelligen. Na daadwerkelijke beëindiging van de hoofdhuurrelatie en de daarmee onvermijdelijke ontruiming van de onderhuurder loopt de onderverhuurder het risico van schadeplichtigheid jegens de onderhuurder.

Voortbordurend op het hierboven gegeven voorbeeld van het horecabedrijf, speelt het belang van het onderling afstemmen van de onderhuurovereenkomst op de hoofdhuurovereenkomst niet alleen een rol bij reguliere huurbeëindiging (dat wil zeggen: beëindiging van de huurovereenkomst na ommekomst van de – wettelijke – huurtermijn door opzegging), doch tevens bij tussentijdse beëindiging, bijvoorbeeld ingeval de exploitant van het horecabedrijf in staat van faillissement komt te verkeren en de onderhuurovereenkomst wegens opzegging ingevolge artikel 39 van de Faillissementswet tussentijds tot een einde komt. De brouwerij zal, daargelaten de mogelijkheid van indeplaatsstelling op vordering van de curator op de voet van artikel 7:307 BW (zie daarover nader paragraaf 9.6.3), als onderverhuurder een nieuwe exploitant als onderhuurder termijnbescherming van ten minste vijf jaar conform het semi-dwingendrechtelijke artikel 7:292 lid 1 BW behoren te bieden. Daarin kan de brouwerij evenwel worden beperkt door de reeds verstreken huurjaren en de daaruit voortvloeiende resterende huurtijd in de hoofdhuurrelatie, met name indien de hoofdverhuurder niet bereidwillig is de lopende hoofdhuurovereenkomst aan te passen dan wel een nieuwe aan te gaan, en in de hoofdhuurrelatie minder dan vijf jaar aan termijnbescherming resteert.
De brouwerij zal dan als aspirant-onderverhuurder goedkeuring moeten verzoeken voor een van artikel 7:291 lid 1 BW afwijkende huurtermijn en voor eventueel tevens een van artikel 7:293 lid 2 BW afwijkende minimale opzeggingstermijn. Het belang van het verkrijgen van goedkeuring voor een dergelijk afwijkend beding voor de onderverhuurder en de onderhuurder wordt in het nieuwe huurrecht met name bepaald door de gewijzigde positie van de onderhuurder in het nieuwe huurrecht.

---

21 Ktr. Maastricht 3 oktober 1974, *NJ* 1975, 446.

De goedkeuring van afwijkende bedingen bij brouwerijcontracten in het nieuwe huurrecht

De positie van de onderhuurder in het per 1 augustus 2003 geldende nieuwe huurrecht verslechtert aanzienlijk, omdat de onderhuurovereenkomst op hetzelfde moment eindigt als het moment waarop de hoofdhuurovereenkomst tot een einde komt door een rechterlijke uitspraak na opzegging door de hoofdverhuurder. In een dergelijke situatie ontbreekt huurbescherming en de mogelijkheden van de onderhuurder schadevergoeding te krijgen zijn beperkt. De vraag dringt zich op of onder deze omstandigheden er nog aanleiding bestaat goedkeuring van afwijkende bedingen te verzoeken strekkende tot het synchroniseren van de onderhuurovereenkomst en de hoofdhuurovereenkomst.

In het nieuwe huurrecht bepaalt artikel 7:306 BW dat een onderhuurovereenkomst, onafhankelijk van de opzeggingsgrond, eindigt op het door de rechter op vordering van de hoofdverhuurder vastgestelde tijdstip van ontruiming als bedoeld in artikel 7:296 lid 5 BW. De op dit punt niet geheel duidelijke Parlementaire Geschiedenis lijkt hiervoor als reden te geven dat de wetgever de hoofdhuur gelijktijdig met de onderhuur wil doen eindigen. Dit betekent een aanzienlijke verzwakking van de positie van de onderhuurder, omdat deze in de praktijk in de meeste gevallen, na een daartoe strekkend kort geding die de onderverhuurder de tot ontruiming benodigde titel moet verschaffen, zal moeten ontruimen. Na ontruiming rest deze, afhankelijk van de oorzaak van de huurbeëindiging en ontruiming in de hoofdhuurrelatie, nog slechts een schadevergoedingsvordering jegens diens voormalige onderverhuurder. Dat laatste zal daarenboven niet eenvoudig te effectueren zijn, met name omdat een dergelijke schadevergoedingsactie op de voet van artikel 7:306 lid 2 en lid 3 BW slechts mogelijk is ingeval de gewezen onderhuurder kan aantonen dat de onderverhuurder hem of haar bij aanvang van de onderhuurovereenkomst niet of niet juist heeft voorgelicht over de termijn waarvoor de hoofdhuur geldt of is aangegaan dan wel indien deze kan aantonen dat de onderverhuurder in het kader van de beëindigingsprocedure onvoldoende voor de belangen van de onderhuurder heeft gewaakt.

Artikel 7:306 lid 2 en lid 3 BW voorziet derhalve strikt genomen in een andere soort schade dan de schade die de gewezen onderhuurder lijdt, omdat de gewezen onderverhuurder hem of haar het gebruik van het gehuurde niet meer kan verschaffen. Voor de vergoeding van laatstvermelde soort schade en meer in het bijzonder voor de daartoe vereiste aansprakelijkheid moet door de gewezen onderhuurder noodzakelijkerwijs worden teruggegrepen naar de algemene bepalingen, waarin artikel 7:208 BW in samenhang met artikel 7:204 lid 2 BW een algemene voorziening biedt, doch waarbij het vereiste van de toerekenbaarheid van het niet verschaffen van het huurgenot de positie van de gewezen onderhuurder er niet eenvoudiger op maakt, temeer nu de beoordeling van de vraag of aan dit criterium is voldaan, in essentie dezelfde toetsing betekent als die plaatsvindt op basis van artikel 7:306 lid 2 en lid 3 BW (zie daarover nader hoofdstuk 5).

Indien sprake is van onderling niet synchroon lopende hoofdhuurovereenkomsten en onderhuurovereenkomsten, waarbij met name gedacht kan worden aan brouwerijcontracten in de horecabranche, ondermijnt het nieuwe huurrecht in artikel 7:306 BW de rechtszekerheid van veel onderhuurders-exploitanten ten gunste van de onderverhuurders. De Parlementaire Geschiedenis geeft niet duidelijk de argumentatie aan die achter artikel 7:306 BW schuilgaat. Uit de Parlementaire Geschiedenis valt in elk geval wel af te leiden dat door de wetgever een keuze is gemaakt tussen termijnbescherming in twee verschillende maar onderling nauw samenhangende situaties, namelijk de termijnbescherming van de huurder in de hoofdhuurrelatie en die van de huurder in de onderhuurrelatie. De wetgever heeft daarbij de voorkeur gegeven aan de bescherming van de huurder in de hoofdhuurrelatie boven die in de onderhuurrelatie. In de onderhuurrelatie stuit derhalve in het nieuwe huurrecht een verzoek om goedkeuring voor afwijkende bedingen inzake het synchroon doen lopen van huurtermijnen die in strijd zijn met de inhoud en strekking van art 7:306 BW, op een weigerachtige kantonrechter af. De ruimere inhoudelijke toetsingsinstructie aan de kantonrechter van artikel 7:292 lid 2 en lid 3 BW doet hieraan niets af, omdat deze slechts in algemene bewoordingen het belang van de huurder vooropstelt. Artikel 7:306 BW gaat (als specialis) op dit onderdeel vóór op artikel 7:292 lid 2 en 3 BW (de genusbepaling) en de kantonrechter zal zich aldus gebonden achten aan de inhoud en strekking van het nieuwe artikel 7:306 BW en de voorkeur geven aan de bescherming van de huurder in de hoofdhuurrelatie en om deze reden het verzoek tot goedkeuring van het op dit punt afwijkende beding afwijzen.

7.3.4 De vierde beperking van het semi-dwingend recht: de huurovereenkomst van maximaal twee jaar

Aard en kenmerken van de proefperiode

Krachtens artikel 7:301 BW is afwijking van het semi-dwingendrechtelijke termijnensysteem van vijf plus vijf jaar door huurcontractspartijen in onderling overleg mogelijk en derhalve rechtsgeldig af te spreken zonder de vereiste goedkeuring van de kantonrechter als bedoeld in artikel 7:291 lid 2 BW. Dit kan slechts geschieden bij een huurovereenkomst van maximaal twee jaar. Ook indien een dergelijke huurovereenkomst verlengd wordt krachtens een verlengingsoptie, is artikel 7:304 BW van toepassing mits de totale duur van de onderscheidene huurperioden tezamen de maximale termijn van twee jaar maar niet overschrijdt.[22] Indien aspirant-huurcontractspartijen een duur van langer dan twee jaar en korter dan vijf jaar voor ogen hebben, moet hiervoor goedkeuring van de kantonrechter worden verzocht op de voet van artikel 7:291 lid 2 BW. Het gaat bij artikel 7:301 BW in essentie om een proefperiode teneinde de huurder in staat te stellen te onderzoeken of zijn bedrijf rendabel zal zijn.[23] Niettemin komt zowel de huurder als de verhuurder de vrijheid toe de bevoegdheid tot opzegging van de

22 Rb. Utrecht 6 juni 2001, *WR* 2001, 92.
23 HR 15 december 1978, *NJ* 1979, 195.

huurovereenkomst overeen te komen op de wijze waarop zij dat wenselijk achten. Naast het belang van de huurder bij een proefperiode kan ook de verhuurder belang hebben bij een korte huurperiode, bijvoorbeeld indien het pand slechts voor die korte periode beschikbaar is.[24] Artikel 7:301 BW is uitdrukkelijk niet geschreven voor andere doeleinden, zoals het tijdelijk in gebruik geven tegen een vergoeding in afwachting van sloop en ter voorkoming van onnodige leegstand.[25] De begrenzing van twee jaar wordt door de wet als stringent beschouwd in het geval de verhuurder niet (aantoonbaar) tijdig de huurder schriftelijk te kennen heeft gegeven dat deze op de laatste dag van de proefperiode zal moeten ontruimen. Wordt het gebruik van het gehuurde door de huurder, in tegenstelling tot wat de huurovereenkomst – die is afgesloten voor een periode van maximaal twee jaar – voorschrijft, met slechts één dag overschreden, dan is in beginsel op basis van artikel 7:301 lid 2 BW van rechtswege sprake van een huurovereenkomst van vijf jaar als bedoeld in artikel 7:292 BW op welke (voor wat betreft de duur) van rechtswege ontstane nieuwe huurovereenkomst de voorliggende periode in mindering wordt gebracht.[26] Of de huurder nu rechtmatig dan wel onrechtmatig het gehuurde in gebruik heeft gehouden, doet aan het voorgaande niet af, hetgeen evenzeer een element van de stringente toepassing van artikel 7:301 lid 2 BW is.

Slechts indien de huurovereenkomst met een duur van maximaal twee jaar, waarvan de ontruiming niet is aangezegd, voorziet in een beëindigingsbeding (kortweg inhoudende een overeengekomen bepaalde ontruimingsdatum, eventueel gecombineerd met een boetebeding[27]) dan wel indien in de periode na het aangaan van deze huurovereenkomst een nadere beëindigingsovereenkomst met soortgelijke inhoud tussen huurcontractspartijen is aangegaan (voorzover deze de daartoe vereiste – tijdige – goedkeuring van de kantonrechter op grond van artikel 7:291 lid 2 en lid 3 BW heeft gekregen), kan worden voorkomen dat de huurder na ommekomst van de proefperiode van rechtswege rechten verwerft als bedoeld in artikel 7:292 BW en artikel 7:293 BW. Indien in een dergelijk geval de kantonrechter goedkeuring van het afwijkende beding weigert, stelt deze krachtens artikel 7:301 lid 3 BW de ontruimingsdatum vast. De mogelijkheid van een dergelijk beding of een dergelijke nadere overeenkomst is blijkens de Parlementaire Geschiedenis reeds door de wetgever voorzien, maar niet in de wet opgenomen.

Slechts indien krachtens het bepaalde in artikel 7:301 lid 3 BW huurcontractspartijen voorafgaand aan het verstrijken van de proefperiode een nieuwe huurovereenkomst aangaan met een looptijd van minimaal vijf jaar als bedoeld in artikel 7:292 lid 1 BW,

---

24 HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 236.

25 Pres. Rb. Den Haag 24 januari 1989, *KG* 1989, 90.

26 HR 9 oktober 1987, *NJ* 1988, 253; Rb. Rotterdam 22 mei 1984 en Gerechtshof Den Haag 1 november 1985, *Prg.* 1986, resp. 2431 en 2432; en Gerechtshof Den Bosch 12 juni 1985, *NJ* 1985, 828.

27 Zie voor de hieraan verbonden haken en ogen: C. J. H. Brunner en G. T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, 2004, p. 192-198.

kan worden voorkomen dat de voorliggende proefperiode op de nieuw overeengekomen duur in mindering wordt gebracht. In dat geval is sprake van een nieuwe huurovereenkomst voor de duur van vijf plus vijf jaar. Indien de door huurcontractspartijen tegen het einde van de proefperiode beoogde nieuwe huurovereenkomst een looptijd heeft van slechts één jaar, dient daartoe voorafgaand aan de ommekomst van de proefperiode goedkeuring aan de kantonrechter worden verzocht. Formeel is dan sprake van een nieuwe huurovereenkomst, maar in feite komt dit neer op een door de kantonrechter goedgekeurde verlenging van de proefperiode met één jaar.[28] Indien de kantonrechter dit verzoek afwijst, dan kan deze krachtens het bepaalde in artikel 7:301 lid 4 BW op verzoek van de verhuurder tevens bepalen dat de huurovereenkomst wordt beëindigd en de ontruimingsdatum vaststellen. De beschikking van de kantonrechter geldt als een veroordeling tot ontruiming tegen dat tijdstip en heeft derhalve executoriale kracht, aldus de slotzin van artikel 7:301 lid 4 BW.

Uit de rechtspraak blijkt dat de huurder niet eenvoudig via de wettelijke regeling van de proefperiode een huurovereenkomst voor vijf jaar kan afdwingen. Slechts indien, zoals hierboven reeds is aangeduid, de verhuurder (aantoonbaar) voorafgaand aan het verstrijken van de proefperiode van maximaal twee jaar aan de huurder heeft te kennen gegeven dat deze na ommekomst van de aangegane huurperiode tot ontruiming zal moeten overgaan dan wel indien de verhuurder (aantoonbaar) aan de huurder heeft te kennen gegeven dat deze slechts op basis van een nieuwe huurovereenkomst in het gehuurde kan blijven, leidt het enkele in gebruik houden van het gehuurde na ommekomst van de proefperiode niet tot het van rechtswege ontstaan van een huurovereenkomst van vijf jaar. Alleen indien de verhuurder zich in stilzwijgen hult, ontstaat door het enkele in gebruik houden van de huurder na afloop van de afgesproken proefperiode een huurovereenkomst van vijf jaar.[29]

De afloop van een huurovereenkomst van maximaal twee jaar
Krachtens artikel 7:301 lid 1 BW zijn de artikelen 7:291 BW t/m 7:300 BW niet van toepassing op een overeenkomst van maximaal twee jaar. Onder deze niet van toepassing verklaarde bepalingen bevinden zich de wettelijke bepalingen aangaande het opzeggen en beëindigen van huurovereenkomsten, namelijk artikel 7:293 BW t/m artikel 7:300 BW, welke derhalve eveneens zijn uitgesloten voor dergelijke huurovereenkomsten. Daar het specifieke huurrecht voor detailhandelsbedrijfsruimte geen andere opzeggings- en beëindigingsvoorziening biedt, dient te worden teruggegrepen naar de algemene bepalingen van het huurrecht (art. 7:201 BW t/m art. 7:231 BW). Daarin blijkt uit artikel 7:228 BW dat een huurovereenkomst die (mondeling dan wel schriftelijk) voor bepaalde tijd is aangegaan, van rechtswege eindigt wanneer de overeengekomen periode is verstreken. In het geval van een uitdrukkelijk aangegane proefperiode van

28 Rb. Rotterdam 23 november 1973, *Prg.* 1974, 909.
29 Hof den Bosch 12 juni 1985, *NJ* 1986, 824 en Rb. Zutphen 19 juni 1997, *Prg.* 1998, 4901 (*WR* 1998, 26).

maximaal twee jaar, is vanuit de aard van een dergelijke specifieke huurovereenkomst immer sprake van een overeenkomst voor bepaalde tijd. Een dergelijke huurovereenkomst behoeft dus niet te worden opgezegd om tot een einde te komen.[30] Daar artikel 7:228 lid 1 BW niet van semi-dwingend recht is kunnen partijen overigens vrijelijk anderszins overeenkomen, waarbij met name een bepaalde opzeggingstermijn in vrijheid kan worden afgesproken.

De wettelijke regeling van artikel 7:301 BW is, zoals hierboven is aangeduid, blijkens de Parlementaire Geschiedenis specifiek bedoeld als proefperiode voor de huurder ten behoeve van diens proefondervindelijk onderzoek naar de levensvatbaarheid van zijn of haar bedrijf, waarbij meer in het bijzonder de huurder niet kan worden gebonden aan de termijnbescherming van tien jaar.[31] De wettelijke voorziening dient dan ook niet voor andere doeleinden te worden gebruikt. Meer in het bijzonder moet deze wettelijke voorziening niet in een andere context worden aangewend vanwege het voor de verhuurder betrekkelijk soepele opzeggingsregime, hetgeen een oneigenlijke uitholling van de huurbescherming kan opleveren wegens omzeiling van het semi-dwingendrechtelijke opzeggingsregime. Bijvoorbeeld in het geval van een huurovereenkomst van een jaar welke tot twee keer toe uitdrukkelijk (onder specifieke vermelding van de toepasselijke wettelijke regeling van de proefperiode, waardoor de huurovereenkomsten van rechtswege zouden eindigen) werd aangegaan na ommekomst van een eerdere huurovereenkomst van tien jaar tussen dezelfde contractspartijen en op dezelfde voorwaarden.[32] Een dergelijke huurovereenkomst van (bijvoorbeeld) een jaar ter ontduiking van het wettelijke opzeggingsvoorschrift is tevens in strijd met het doel en de strekking van de semi-dwingendrechtelijke minimale opzeggingstermijn van een jaar (art. 7:293 lid 2 BW), welk voorschrift voor beëindiging van de huur niet alleen opzegging vereist, maar tevens als gevolg heeft dat een huurovereenkomst die na ommekomst van tien jaar voor onbepaalde tijd wordt voortgezet (art. 7:300 BW), de facto steeds met een jaar wordt verlengd; niet vanwege de overeengekomen duur, want deze ontbreekt doorgaans, doch vanwege de gelijkluidende semi-dwingendrechtelijke opzeggingstermijn (art. 7:293 lid 2 BW).

Nadere huurprijsvaststelling bij huurovereenkomsten voor maximaal twee jaar
Krachtens artikel 7:303 BW is nadere huurprijsvaststelling mogelijk na ommekomst van de duur van een huurovereenkomst voor detailhandelsbedrijfsruimte. Hieruit vloeit logischerwijs voort dat ook nadere huurprijsvaststelling mogelijk is bij huurovereenkomsten met een duur van maximaal twee jaar, hetgeen bovendien uitdrukkelijk bevestigd wordt in de Parlementaire Geschiedenis.[33]

30 Dit bleek reeds uit HR 8 juli 1991, *NJ* 1991, 764.
31 Kamerstukken II 1966/1967, (MvT) 8875, nr. 3, p. 8.
32 Ktr. Almelo 13 juli 1995, *WR* 1996, 18; de kantonrechter oordeelde ten onrechte dat de twee korte-termijn-huurovereenkomsten na ommekomst van rechtswege waren geëindigd.
33 Kamerstukken II 2000/2001, 26 932, nr. 5, p. 12.

7.4 De periode na tien jaar

Uit het bovenstaande blijkt dat de (wettelijke) termijnbescherming ten behoeve van de huurder na verloop van tien jaar niet meer geldt. De wet stelt in verband daarmee uitdrukkelijk in artikel 7:300 lid 1 BW dat de huurovereenkomst na tien jaar, zonder dat opzegging heeft plaatsgevonden, voor onbepaalde tijd doorloopt, tenzij uit de huurovereenkomst een bepaalde tijd voortvloeit of indien huurcontractspartijen tegen het einde van de periode van tien jaar een nieuwe bepaalde duur overeenkomen.

In de praktijk komt het regelmatig voor dat partijen na verloop van tien jaar de huurovereenkomst willen voortzetten, al dan niet onder andere voorwaarden. De vraag dringt zich in verband daarmee op of de wettelijke termijnbescherming van vijf plus vijf jaar dan opnieuw begint te lopen. De beantwoording van die vraag hangt af van de omstandigheid in hoeverre de nieuwe huurovereenkomst afwijkt van de vorige. Bezien vanuit de achtergrond van de wettelijke termijnbescherming: het afschrijven van investeringen en het opbouwen van goodwill in een redelijke tijd, gedurende welke periode (de wetgever stelt deze op tien jaar) de huurder gewaarborgd moet zijn van het gebruik van het gehuurde, rechtvaardigt het enkele feit van een nieuwe huurovereenkomst niet dat de wettelijke termijnbescherming na tien jaar opnieuw en voor eenzelfde periode gaat lopen.[34] Ook een nieuwe huurovereenkomst met een hogere huurprijs is op zichzelf beschouwd niet voldoende voor het opnieuw aanvangen van termijnbescherming, zo blijkt uit de rechtspraak.[35] Een nieuwe huurovereenkomst die wordt aangevuld met een franchiseovereenkomst, is volgens de jurisprudentie eveneens niet voldoende om de semi-dwingendrechtelijke termijnbescherming te doen herleven[36]. Vanuit de strekking van de wet is, zo kan uit de hierboven aangeduide rechtspraak worden afgeleid, slechts een substantiële wijziging van de omvang van het gehuurde voldoende om wettelijke termijnbescherming te rechtvaardigen. Immers, alleen ingeval sprake is van het realiseren van substantiële (nieuwe) investeringen is het opnieuw aanvangen van termijnbescherming ten behoeve van de afschrijving daarvan gerechtvaardigd. Tevens kan daarbij op basis van de nieuwe situatie in verband met het uitgebreide object en de daarop aangepaste (gemoderniseerde) inrichting opnieuw goodwill worden opgebouwd.

7.5 Flexibiliteit

7.5.1 Inleiding

Zoals ik hierboven (paragraaf 7.1) heb uiteengezet is termijnbescherming het meest wezenlijke element van het huurrecht bedrijfsruimte, met name omdat daarop de

34 Anders: Ktr. Utrecht 3 februari 1994, *Prg*. 1994, 4067.
35 HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 212.
36 HR 26 juni 1992, *NJ* 1992, 726.

opzeggingsbescherming en huurprijsbescherming is gebaseerd. Het semi-dwingend recht in het huurrecht bedrijfsruimte doet zich hier dan ook bij uitstek gevoelen.

Zoals in de algemene inleiding van dit boek al is gesteld: bescherming van de huurder als per definitie zwakke contractspartij is een achterhaald uitgangspunt omdat de huurder anno 2005 niet altijd zo zwak meer is als de wetgever kennelijk nog steeds veronderstelt. Het is te betreuren dat dit aspect bij de parlementaire behandeling van de nieuwe huurwetgeving niet tot een debat over een principiële herijking van de belangrijkste grondslag van het huurrecht bedrijfsruimte heeft geleid. Hiervoor was immers, zoals in de algemene inleiding van dit boek al is uiteengezet, alle reden.

Het enkele feit dat in het nieuwe huurrecht bedrijfsruimte veel dwingend recht is veranderd door semi-dwingend recht lijkt (de huurder) formeel enige extra flexibiliteit ten opzichte van het oude huurrecht te bieden maar maakt het achterhaalde principiële uitgangspunt niet anders. Bovendien is van een flexibilisering ten gunste van de huurder door de wijziging van dwingend recht in semi-dwingend recht ook in praktische uitvoering ervan welbeschouwd geen sprake. De oorzaak daarvan ligt in de kortzichtigheid van de wetgever: indien een afwijking van bijvoorbeeld de wettelijke termijnbescherming wordt overeengekomen welke in een concreet geval niet in het nadeel is van de contracterende huurder, dan staat de wet dit toe met als kennelijke rechtvaardiging: het is niet ten nadele van de huurder overeengekomen en dus is het toegestaan. Verder reikt de redenatie van de wetgever kennelijk niet.

Daarbij maak ik enkele kanttekeningen.

Een contractuele afwijking 'niet ten nadele van de huurder' betekent niet per definitie dat deze desondanks voldoende beschermd blijft, of anders gezegd: dat zijn positie niet wordt ondergraven. Over hetgeen de verhuurder 'niet ten nadele van' acht, kan de huurder immers anders denken.[37]
Bovendien is onduidelijk op welke wijze een dergelijke afwijking moet worden vastgelegd in de huurovereenkomst. Wordt van de verhuurder als stipulerende contractspartij verwacht dat uitdrukkelijk en gemotiveerd wordt opgenomen dat partijen een bepaalde van de wet afwijkende clausule 'niet ten nadele' van de huurder beschouwen? Of kan worden volstaan met bijvoorbeeld het (in afwijking van art. 7:292 lid 1 BW; zie paragraaf 7.2.1) eenvoudigweg opnemen van een eerste huurtermijn van 2½ jaar, zonder verdere toelichting? Het risico van een plotseling vergeetachtige huurder die op een hem conveniërend moment zal zeggen dat zijn positie is ondergraven en een beroep zal doen op een nietige eerste huurtermijn in de huurovereenkomst zal een verhuurder

37 Evers (p. 66/67 en 74) stelt de term 'niet ten nadele van' gelijk met 'ten voordele van'. Dit lijkt mij onjuist. In de Parlementaire Geschiedenis vind ik voor dit standpunt geen aanknopingspunt. Aannemelijk is dat de wetgever de huurder (slechts) wil behoeden voor nadeel en dat is iets anders dan deze te bevoordelen. Ik meen dat de wetgever slechts heeft beoogd de huurder in een neutraalpositie te houden: geen nadeel en geen voordeel.

toch niet willen nemen? De ruime tekstuele formulering die voor deze kennelijke poging van de wetgever tot flexibilisering is gekozen levert materiaal op voor een teleologisch debat in een concreet geschil, waarbij centraal staat de vraag op welke wijze een contractuele afwijking moet worden geïnterpreteerd. Doch daarbij blijft het niet.

Doorslaggevend is namelijk het moment van contractssluiting tussen verhuurder en huurder. Kennelijk beoogt de wetgever dat op dat ene moment een contractuele afwijking van de wet op dat moment niet ten nadele van de huurder mag zijn. Dat ene toetsingsmoment staat haaks op het betrekkelijk langdurige karakter van een huurovereenkomst (de wet gaat dogmatisch nog steeds uit van het oertype 5 + 5 jaar), welk karakter een grondiger en zorgvuldiger toetsing van een bepaald beding rechtvaardigt. Bij het aangaan van een huurovereenkomst is namelijk niet alles door huurder en verhuurder te voorzien. Zeker niet in de huidige, zich snel veranderende markt. Dit doet zich bijvoorbeeld gevoelen bij nadere huurprijsvaststelling. Zo kan de vernietigbaarheid van een beding waarin nadere huurprijsvaststelling tot marktniveau is opgenomen op een hoogtepunt van de markt (onder verwijzing naar art. 7:303 lid 2 BW) door de huurder worden ingeroepen en op een dieptepunt (onder verwijzing naar hetzelfde artikel) door de verhuurder. Aldus kan de geldigheid van een bepaling afhangen van het moment van contractssluiting en van de huurcontractspartij die op de ongeldigheid ervan een beroep doet. Hieraan heeft de wetgever niet gedacht.

Het 'niet-nadeel' van huurders bij het semi-dwingend recht kan alleen worden geconcretiseerd indien de huurovereenkomst daarin voorziet, dus bij het aangaan van de huur. Op dat moment is, hoezeer de wetgever de positie van de huurder op dit punt ook wil versterken, zijn concrete onderhandelingspositie bepalend. Deze kan zwak of sterk zijn, afhankelijk van de marktverhoudingen op dat moment. Maar wat te doen indien kort na het aangaan van de huur de huurder zich realiseert dat hij door de verhuurder op het verkeerde been is gezet, of indien zich onvoorziene omstandigheden voordoen? De huurder staat in zo'n situatie alsnog bepaald zwak omdat de rechter zich doorgaans zeer terughoudend opstelt bij dwalingsacties en wijzigingsvorderingen van huurders. Ingeval voor een huurder een onvoorziene tussentijdse aanpassing van een huurovereenkomst noodzakelijk is, wordt deze in het juist voor hem opgehangen dogmatische vangnet van de huurbescherming (5 + 5 jaar) opgesloten. Eén en ander kan in de huidige tijd, waarin marktwerking steeds meer aanvaard is, vanuit maatschappelijk oogpunt in redelijkheid niet de bedoeling van de wetgever zijn.

De wijziging van dwingend recht in semi-dwingend recht levert dus, in weerwil van de kennelijke bedoeling van de wet, de huurder geen enkele flexibiliteit op. Het semi-dwingend recht getuigt van slechte wetgeving afkomstig van een wetgever die zonder een dogmatisch debat over een principiële herijking van het huurrecht bedrijfsruimte te hebben gevoerd een ingewikkeld ogende regeling in het leven heeft geroepen, waarmee de huurder in het geheel niet is gebaat, de andersluidende bedoeling van de wetgever ten spijt.

Aldus blijkt dat het semi-dwingendrechtelijke karakter van het nieuwe huurrecht bedrijfsruimte de huurder welbeschouwd weinig soelaas biedt en in elk geval nauwelijks verbetering, in vergelijking met het aloude dwingendrechtelijke huurrecht zoals dat vóór 1 augustus 2003 gold. Naast de in de paragrafen 6.3.1 t/m 6.3.4 behandelde beperkingen daarop blijft behoefte bestaan voor een strenge redelijkheid en billijkheidstoets, met name als deze het wezenskenmerk van het huurrecht bedrijfsruimte betreft. Ook vanwege de inbedding van het nieuwe huurrecht bedrijfsruimte in de BW-structuur verdient dit aspect hier ruime aandacht. Dit onderwerp wordt dan ook onderstaand behandeld uitmondend in het aspect van de onvoorziene omstandigheden, welk fenomeen ook in het nieuwe huurrecht een belangrijk aanknopingspunt kan betekenen om in de behoefte aan flexibiliteit te voorzien.

7.5.2 Redelijkheid en billijkheid in het huurrecht bedrijfsruimte

De wettelijke grondslag van de redelijkheid en billijkheid
Het leerstuk van de 'redelijkheid en de billijkheid' is wettelijk vastgelegd in artikel 6:2 BW dat wordt herhaald en uitgebreid in art 6:248 BW.

Artikel 6:2 BW luidt als volgt:

> Lid 1:
> Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.
>
> Lid 2:
> Een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Artikel 6:248 lid 2 BW luidt:

> Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Het leerstuk is een belangrijk correctiemechanisme, niet alleen op hetgeen huurder en verhuurder in de huurovereenkomst met elkaar hebben afgesproken, maar ook op hetgeen in de wet staat.[38] De redelijkheid en de billijkheid vormen een abstract begrip en vormen daarom een 'open norm', gebaseerd op het ongeschreven recht en

38 Zie voor algemene beschouwing over redelijkheid en billijkheid: Asser 4-1 *Verbintenissenrecht* (dl. 1), 2004, nr. 53 e.v. en: A. R. Bloembergen e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, 2001, p. 329 e.v.

telkens ingevuld naar gelang de feiten en omstandigheden van een specifiek geval. Een aanknopingspunt voor een concrete invulling van de redelijkheid en de billijkheid geeft het vermogensrecht in artikel 3:12 BW: algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de betrokken maatschappelijke en persoonlijke belangen. De redelijkheid en de billijkheid zijn op alle huurrechtelijke onderwerpen medebepalend maar kunnen met name op het onderwerp van de termijnbescherming een functie vervullen. Het belang ervan in de praktijk is groot omdat de rechter het in vrijwel alle huurkwesties ruimhartig toepast. Het begrippenpaar kan zowel een beperkende als een aanvullende werking hebben.

De beperkende en de aanvullende werking van de redelijkheid en de billijkheid
Niet alleen afspraken tussen huurder en verhuurder maar ook wettelijke bepalingen in het huurrecht kunnen door middel van de redelijkheid en de billijkheid buiten werking worden gesteld. Ook kan een leemte in een huurovereenkomst of een leemte in de wet worden aangevuld met de redelijkheid en de billijkheid. De huurovereenkomst heeft namelijk niet alleen de rechtsgevolgen die partijen ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst zijn overeengekomen (partijen kunnen immers niet alles voorzien), doch tevens die rechtsgevolgen die in een later stadium uit de redelijkheid en de billijkheid voortvloeien. Dergelijke rechtsgevolgen kunnen daarom ten opzichte van de oorspronkelijke overeenkomst zgn. 'bijkomende rechten en plichten' bevatten, die op zichzelf beschouwd gewone civiele verbintenissen zijn en derhalve bijvoorbeeld voorwerp kunnen zijn van een vordering tot nakoming. Hetzelfde geldt voor wetsbepalingen (ook de wetgever kan immers niet alles voorzien), zij het dat in dat geval zware eisen aan het correctiemechanisme van de beperkende en de aanvullende werking van de redelijkheid en de billijkheid worden gesteld,[39] met name daar waar het dwingend recht betreft. Deze zware eisen gelden zowel voor de partij die een beroep erop doet, als voor de rechter in de motivering van de beslissing in het vonnis naar aanleiding van een dergelijk beroep op de redelijkheid en de billijkheid. De rechter is namelijk in beginsel terughoudend de rechtsgevolgen van semi-dwingend recht te beperken en aan te vullen, omdat deze hierbij op de stoel van de wetgever gaat zitten, hetgeen een rechter op zichzelf al niet vrijstaat en zeker niet als deze daarbij bijvoorbeeld huurbescherming in een bepaald geval buiten werking verklaart.

De gradaties van de redelijkheid en de billijkheid
Het correctiemechanisme van de redelijkheid en de billijkheid kent, zoals hierboven al is aangegeven, meerdere gradaties. De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, met behulp waarvan leemten in de huurovereenkomst worden ingevuld, heeft een bescheiden karakter en is in zijn algemeenheid als nuttig aanvaard, juist omdat zij hetgeen partijen wel zijn overeengekomen ongemoeid laat.
Een voorbeeld uit de jurisprudentie van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid vormt de uitleg van een aansprakelijkheidsclausule in een huurkoop-

39 HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 322; HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 684.

overeenkomst in een geval waarbij sprake was van gevolgschade, waarin in het betreffende beding niet werd voorzien. Het Gerechtshof oordeelde in een zaak die later uitmondde in het pal hieronder aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 9 december 1994 dat de vraag hoe de verhouding van partijen is geregeld in een schriftelijk contract, niet kan worden beantwoord uitsluitend op grond van een taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Het gaat volgens het Gerechtshof om de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer aan de bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. De omstandigheden van het geval spelen hierbij een belangrijke rol. De Hoge Raad achtte dit oordeel niet onjuist.[40] Ook is illustratief het geval waarin een verhuurder in verzuim werd geacht, ondanks het ontbreken van een ingebrekestelling.[41] Een ander voorbeeld is de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag dat zich bedient van verstrekkend knip- en plakwerk ter invulling van een leemte in een huurrelatie aangaande een verhuurd pand waarin een autobedrijf werd geëxploiteerd.[42] Zonder uitdrukkelijk te verwijzen naar de redelijkheid en billijkheid oordeelde het Hof dat de huur per 31 december 1999 beëindigd en kwalificeerde zij de (verlengde) huurovereenkomst over de periode 1 december 1998 – 31 maart 1999 als één van 'zeer korte duur' (analoog aan art. 7:301 BW) en voor de periode daarna kwam zij tot een beëindigingsovereenkomst anno 31 december 1999. Met dit oordeel bleef onbeantwoord de kwalificatievraag over de huur over de periode 1 april – 31 december 1999. Aldus gebruikte het Hof impliciet de redelijkheid en billijkheid om een ontstane leemte in een huurovereenkomst van de categorie detailhandelsbedrijfsruimte geheel buiten het (thans: semi-)dwingendrechtelijke termijnensysteem in te vullen. Een discutabele uitspraak doch niettemin het lezen waard.

De beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid is ingrijpender en minder onomstreden dan hun aanvullende werking. Zij tast onder bepaalde omstandigheden immers datgene aan wat partijen wel (en geldig) zijn overeengekomen, zodat strikt genomen sprake is van een juridisch-technische innerlijke tegenstrijdigheid: wat geldig is, is toch ongeldig. Dit bezwaar is evenwel ondergeschikt aan de twee doelen van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid. Ten eerste biedt de beperkende werking aan de rechter de mogelijkheid om met behulp van dit specifieke mechanisme in een concreet geval onrecht te keren.[43] Daarnaast heeft de rechter met behulp van de beperkende werking de mogelijkheid rechtsregels te verfijnen, hetgeen de rechtsontwikkeling bevordert.[44] Het eerste doel kan nuttig zijn in een concreet geval omdat

40 HR 9 december 1994, *NJ* 1995, 197, als uitvloeisel van de op de vermogensrechtelijke leest geschoeide uitspraak HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635.

41 HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003, 257.

42 Gerechtshof Den Haag 25 april 2003, *Prg*. 2003, 6105/*JHV* 2004, 76.

43 Zie HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 21. Het betrof een (afgewezen) vordering tot nakoming van een optieovereenkomst van een zoon (na het overlijden van zijn vader belast met het beheer van een effectenportefeuille) met zijn 89-jarige moeder (belast met het vruchtgebruik), waardoor de gelijke bevoordeling van de in totaal 3 kinderen in het gedrang kwam.

het onbillijkheden kan wegnemen. Het tweede doel van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid heeft zijn nut voor de algemene rechtsontwikkeling op diverse fronten reeds bewezen, waardoor het toepassingsgebied van het leerstuk aanzienlijk is uitgebreid. Beide doelen komen bijvoorbeeld tot uitdrukking in het debat over het vereiste van de ingebrekestelling.[45]

De huurder die in een bepaald geval een beroep doet op de redelijkheid en de billijkheid ter beperking van de toepasselijkheid van wetsbepalingen van regelend recht en de gewoonte heeft een zwaardere bewijslast dan in het geval van de aanvullende werking van de redelijkheid en de billijkheid. Dit is ook logisch want in beginsel is men gebonden aan het gegeven woord resp. de wet. Het woordje 'onaanvaardbaar' in artikel 6:248 lid 2 BW maant de rechter dan ook tot gepaste terughoudendheid: voor beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid is alleen plaats wanneer hetgeen uit wet of overeenkomst voortvloeit in concreto tot een onaanvaardbare uitkomst zou leiden. De Hoge Raad ziet er streng op toe dat deze instructie door lagere rechters bepaald stipt wordt nageleefd.[46]

Ik geef een aantal voorbeelden uit de jurisprudentie van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid waarbij een beding in een huurovereenkomst door de rechter buiten werking werd gesteld. Ten eerste het afwijzen door de rechter van een beroep van een verhuurder op de opzegtermijn in een huurovereenkomst, vanwege het feit dat de huurder reeds drie dagen nadat de huurovereenkomst was ingegaan onverwacht met grootonderhouds- en renovatiewerk te kampen kreeg en om die reden de huurovereenkomst ommegaand opzegde.[47] Een tweede voorbeeld is het afwijzen van de rechter van een beroep door de huurder op een optierecht, gezien de onevenredigheid tussen het belang hierbij van de huurder en dat van de verhuurder dat door het inroepen van het optiebeding aanzienlijk werd geschaad.[48] Voorts geldt als voorbeeld de supermarkt die als verhuurder een gedeelte van het vloeroppervlak aan een slagerijketen verhuurde voor de duur van vijf plus vijf jaar, waarbij zij wist dat de slagerijketen grote investeringen had gedaan die moesten worden terugverdiend. Na ommekomst van de tweede periode van vijf jaar werd opnieuw fors geïnvesteerd en werd de huur voor onbepaalde tijd voortgezet. Plotseling zegde de verhuurder de huur op met een opzegtermijn van een jaar. De slagerijketen zou bij beëindiging van de huurovereenkomst grote verliezen lijden vanwege de grote investeringen. De kantonrechter

---

44 HR 28 november 2003, *WR* 2004, 12 geeft daarvan een aardig voorbeeld, waaruit blijkt dat onder bepaalde omstandigheden een ingebrekestelling niet meer nodig is. Het beroep op een ingebrekestelling werd onaanvaardbaar geacht: beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

45 Zie voor een nadere beschouwing: C. A. Streefkerk, 'Ingebrekestelling en verzuim bij wanprestatie', *NTBR* 2004/1, p. 2-32, met name vanaf p. 28.

46 HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 363 en HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 471.

47 Ktr. Leiden, 15 mei 1996, *WR* 1997, 12. Een nog explicieter voorbeeld is: Gerechtshof Den Haag 11 april 2003, *Prg.* 2003, 6115 / *JHV* 2004, 75

48 Rb. Assen, 14 september 1998, *NJ-kort* 1999, 88.

oordeelde dat het de verhuurder weliswaar formeel vrijstond de huur op te zeggen, doch wees de vordering tot beëindiging van de huurovereenkomst op grond van de redelijkheid en de billijkheid af, omdat de slagerijketen gezien haar nieuwe forse investeringen ervan mocht uitgaan dat de huur voor langere tijd zou worden voortgezet.[49] Het kan ook anders uitpakken. In de meeste standaard-huurovereenkomsten en/of de bijbehorende algemene voorwaarden is een beding opgenomen krachtens welk de wanpresterende huurder gehouden is alle kosten van juridische bijstand e.d. die door de verhuurder zijn gemaakt in het kader van een incasso- en ontbindingsprocedure aan deze te vergoeden. Ondanks dat dit tot een aardig bedrag kan oplopen oordeelde de rechtbank Almelo in het onderhavige geval dat de huurder krachtens dit beding de door de verhuurder gemaakte kosten (ruim € 8.700) aan deze moest voldoen.[50] Opmerking verdient dat de huurder strikt genomen ook de kosten van déze incassoprocedure krachtens datzelfde beding gehouden was aan de verhuurder te vergoeden.

Nog groter is de terughoudendheid van de rechter, zoals hierboven reeds is aangegeven, in verband met de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid bij dwingendrechtelijk huurrecht in de wet, voor de toepassing waarvan bijzonder zware eisen wordt gesteld. Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat voor de beperkende werking met name niet spoedig plaats zal zijn, wanneer de bijzondere omstandigheden die de aanleiding voor het beroep op redelijkheid en billijkheid vormen, bij het opstellen van de dwingende wetsbepaling reeds door de wetgever zijn verdisconteerd.[51]

Enkele illustratieve voorbeelden uit de jurisprudentie. Een jaar nadat de verhuurder (een dochtermaatschappij van de Nederlandse Spoorwegen: Servex) van een stationsrestauratie de huur- annex exploitatieovereenkomst had aangevuld met een franchiseovereenkomst, besloot zij over te gaan tot filiaalvorming en zegde om die reden de huur- annex exploitatieovereenkomst die ten grondslag had gelegen aan de franchiseovereenkomst, op wegens dringend eigen gebruik. De kantonrechter oordeelde dat sprake was van misbruik van bevoegdheid, naast diens oordeel dat de verhuurder niet kon aantonen dat de belangen van de huurder in het niet vallen vergeleken bij die van de verhuurder.[52] Als tweede voorbeeld geldt de huurder van detailhandelsbedrijfsruimte (in de zin van het nieuwe artikel 7:290 e.v. BW) die in ernstige financiële problemen verkeerde maar een opvolgende aspirant-huurder had gevonden. De kantonrechter oordeelde in het kader van een voorlopige voorziening dat, ondanks het feit dat onder de gegeven omstandigheden indeplaatsstelling op grond van de wet niet mogelijk was, de redelijkheid en de billijkheid met zich meebrengen dat de verhuurder met de kandidaat-huurder in onderhandeling moest treden, op straffe van een

49 Ktr. Den Haag, 18 januari 1996, *WR* 1996, 57.
50 Rb. Almelo, 18 december 2002, *NJ* 2003, 100.
51 Parlementaire Geschiedenis Boek 6 BW, p. 73.
52 Ktr. Den Bosch, 9 augustus 1994, *Prg.* 1995, 4227.

dwangsom.[53] Ten slotte oordeelde de Hoge Raad dat de executie van een ontruimingsvonnis terzake van een bedrijfsobject waarin zich een onderhuurder bevond, eerst dan misbruik van bevoegdheid jegens de onderhuurder oplevert indien (1) de onderhuurder een eigen recht kan geldend maken jegens de hoofdverhuurder – zoals krachtens art. 7:269 BW bij zelfstandige woonruimte –, (2) sprake is van samenspanning van hoofdverhuurder en onderverhuurder tegen de onderhuurder en (3) de onderhuurder op onevenredige wijze in zijn eigen belang door de ontruiming wordt getroffen. In het laatste geval is ontruiming dan tevens misbruik van recht.[54]

Het uitgebreide toepassingsgebied van de redelijkheid en de billijkheid
Het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid is ruimer dan alleen het verbintenissenrecht.[55] Deze verruiming is reeds aan het eind van de jaren '50 gegroeid vanuit het aan de redelijkheid en de billijkheid (een vrucht van het sedert 1992 geldende Nieuw BW) voorafgegane leerstuk van de goede trouw. In verband met het aspect van de rechtsontwikkeling, dat een van doelstellingen is van de redelijkheid en de billijkheid (zie hiervoor), is daaruit bijvoorbeeld ontstaan het leerstuk van de pre-contractuele goede trouw. In de rechtspraak is de werking tevens erkend voor de pre-contractuele fase[56] en speelt dus ook een rol in het kader van het totstandkomingsproces van een huurovereenkomst. Ook speelt de redelijkheid en de billijkheid een belangrijke rol bij de uitleg van overeenkomsten in het vermogensrecht[57] en speelt het begrippenpaar tevens een rol bij publiekrechtelijke overeenkomsten.[58] Een bijzondere toepassing van de redelijkheid en de billijkheid binnen het algemene verbintenissenrecht is het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (zie paragraaf 7.5.3). Een meer recente ontwikkeling is die van het ontstaan van de klachtplicht van de schuldeiser bij ondeugdelijke nakoming. Dit leerstuk heeft niet alleen – in zijn algemeenheid – geleid tot de algemeenverbintenisrechtelijke klachtplicht op grond van artikel 6:89 BW, maar tevens, meer specifiek, tot artikel 7:23 BW (klachtplicht bij koop) en, in een later stadium, het nieuwe artikel 7:222 BW (de klachtplicht van de huurder bij gebreken en feitelijke of rechtsstoornis door derden; zie paragraaf 5.4.6). Aldus blijkt dat de rechtsontwikkeling van de redelijkheid en de billijkheid niet alleen (en ook in het huurrecht) heeft geleid tot algemeen aanvaarde leerstukken in de jurisprudentie maar ook heeft geleid tot nieuwe wetgeving. Daarmee is het leerstuk ook binnen het wettelijk huurrecht bedrijfsruimte een factor van betekenis.

53 Ktr. Rotterdam, 14 juli 1995, *WR* 1995, 103.
54 HR 29 november 1985, *NJ* 1986, 276.
55 Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, diss. Utrecht, 1999.
56 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67.
57 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635.
58 HR 10 april 1987, *NJ* 1988, 148.

7.5.3 Onvoorziene omstandigheden in het huurrecht bedrijfsruimte

Grondslag en functie van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden
Het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden is dwingendrechtelijk (op basis van art. 6:250 BW) vastgelegd in artikel 6:258 BW zodat partijen niet vrijelijk ervan kunnen afwijken in de huurovereenkomst en/of de daarbij behorende algemene voorwaarden. Het is, zoals hierboven reeds is vermeld, een uitwerking van de redelijkheid en de billijkheid.[59] Dit blijkt met name uit de tekst van artikel 6:258 lid 1 BW, waarin staat vermeld dat sprake moet zijn van 'onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn, dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten'. Onvoorziene omstandigheden zijn derhalve die omstandigheden die partijen niet uitdrukkelijk of stilzwijgend in hun overeenkomst hebben verdisconteerd. Het gaat hier dus uitdrukkelijk om toekomstige omstandigheden, in tegenstelling tot bij dwaling (art. 6:228 BW), waarop het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden een fraai complement kan zijn.

Waarin partijen niet hebben voorzien is een kwestie van uitlegging van de overeenkomst. Het gevolg van een geslaagd beroep op onvoorziene omstandigheden is het geheel of gedeeltelijk ontbinden, dan wel het wijzigen van de (huur)overeenkomst. Het leerstuk is in 1992 als wet ingevoerd en voordien impliciet toegepast onder de vigeur van de goede trouw of de redelijkheid en de billijkheid.

De behoefte aan flexibiliteit in het huurrecht
De vraag dringt zich op wanneer plaats is voor rechterlijk ingrijpen in een bestaande (huur)overeenkomst. In de huurrechtpraktijk wordt het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden regelmatig door huurders van detailhandelsbedrijfsruimte toegepast teneinde tegenvallende omzetcijfers geheel of gedeeltelijk in de risicosfeer van de verhuurder te brengen. Dit gebeurt regelmatig in hun pogingen meer flexibiliteit in langdurige huurovereenkomsten te doen brengen in gevallen waarin de nood zodanig hoog is dat een opzegging geen uitkomst biedt. Dergelijke pogingen slagen echter maar zelden. Hieruit valt enerzijds af te leiden dat een beroep op onvoorziene omstandigheden kennelijk niet het juiste juridische instrument hiertoe is en dat het oorspronkelijke doel ervan kennelijk van een andere aard was. Anderzijds zijn de herhaalde pogingen veelbetekenend voor de kennelijke behoefte van huurders van detailhandelsbedrijfsruimte aan meer flexibiliteit in langdurige somtijds knellende huurovereenkomsten, waarbij aangetekend dient te worden dat het langdurige karakter aanvankelijk met name was bedoeld de huurder termijnbescherming en daarmee dus investeringsbescherming te bieden.

59 Zie voor een algemene beschouwing over onvoorziene omstandigheden: A. R. Bloembergen e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, 2001, p. 344 e.v.

De oorspronkelijke functie van 'onvoorziene omstandigheden'
De oorspronkelijke functie van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden was gelegen in de behoefte om onverwachte, niet voorziene prijsschommelingen op te vangen, zowel ten behoeve van de koper als ten behoeve van de verkoper. Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat het erop aankomt van welke veronderstellingen partijen zijn uitgegaan, of zij in de mogelijkheid van het intreden van onvoorziene omstandigheden hebben willen voorzien of althans stilzwijgend die mogelijkheid hebben verdisconteerd.[60]
Zoals hierboven reeds werd vermeld, voltrekt de nadere identificatie van onvoorziene omstandigheden zich via het traject van de uitlegging van overeenkomsten, naar gelang de feiten en omstandigheden van een concreet geval. Hierbij kan worden aangehaakt bij niet uitgesproken veronderstellingen, maatschappelijke patronen waarvan partijen intuïtief zijn uitgegaan. In dit kader vallen bijvoorbeeld plotselinge valutakoersfluctuaties niet onder de noemer 'onvoorzien' met een daaraan gekoppeld rechterlijk ingrijpen, omdat een plotselinge stijging van een valuta op de ene dag het risico van de één en de kans van de ander betekent en de dag daarop juist het omgekeerde resultaat kan hebben. Een dergelijke omstandigheid is daarmee niet onvoorzien in de zin van artikel 6:258 BW, omdat gezien de dagelijkse wisselingen koersfluctuaties een algemeen maatschappelijk aanvaard fenomeen zijn. Hetzelfde geldt voor plotselinge marktprijsschommelingen nadat een product is verkocht alsook voor technische ontwikkelingen, waardoor men nu eenmaal het risico loopt te veel te hebben betaald of een verouderd product te hebben gekocht. Ook dergelijke risico's voor de één en kansen voor de ander zijn algemeen aanvaard, juist omdat het tij net zo eenvoudig weer kan keren. Naar de grondslag van het leerstuk van 6:258 BW betekent dit dat dergelijke risico's geacht zijn te zijn verdisconteerd in de overeenkomst en dus geen onvoorziene omstandigheden opleveren die een rechterlijk ingrijpen verdienen.

Het wordt anders indien bijvoorbeeld de marktprijs van een product zodanig is gestegen dat bij ongewijzigde instandhouding van de aanvankelijk afgesproken prijs de verkoper onherroepelijk in staat van faillissement komt te verkeren. In het voorbeeld van de technische ontwikkeling wordt het anders indien het gebruik van een bepaalde machine, nadat de koop is totstandgekomen maar voordat de levering heeft plaatsgevonden, inmiddels door de overheid is verboden. In dat geval kan de koper op basis van artikel 6:258 BW de machine afbestellen, niet omdat deze technisch verouderd is, maar omdat deze door de overheid is verboden. Het aanvankelijke doel van de koop was immers het verkopen en kopen van een machine om te kunnen gebruiken, en dat doel kan niet meer worden verwezenlijkt.

De overheid als bron van onvoorziene omstandigheden
Met het laatstvermelde voorbeeld wordt één belangrijke factor binnen het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden duidelijk: de rol van de overheid. Niet alleen als bron

60 Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 968 t/m 973.

van onvoorziene omstandigheden binnen het civiele rechtsverkeer, maar ook binnen de publiekrechtelijke overeenkomsten kan de overheid een niet-voorzienbare bron van zwaarwegende beleidswijzigingen zijn die het gevolg kunnen zijn van nieuwe inzichten en veranderende politieke verhoudingen. Het algemeen belang gaat doorgaans vóór op het individuele belang van de burger in het handelsverkeer, zij het dat in voorkomende gevallen een schadevergoedingsplicht jegens de burger bestaat.[61] Een zwaarwegende beleidswijziging van de overheid is daarmee een goed voorbeeld van een onvoorziene omstandigheid die niet verdisconteerd is in de overeenkomst. Een stap verder dan de beleidswijziging is de wetswijziging.[62] In het huurrecht van detailhandelsbedrijfsruimte gaat het daarbij veelal om langdurige huurovereenkomsten die voor lange aaneengesloten perioden zijn aangegaan, zonder de contractuele mogelijkheid van tussentijdse nadere huurprijsvaststelling. Op basis van het oude artikel 1632a zoals dat vóór 1980 gold kon telkens na vijf jaar tot nadere huurprijsvaststelling worden overgegaan. Dit veranderde door de wetswijziging van 1980. Vanaf 1980 was nadere huurprijsvaststelling alleen nog mogelijk nadat een overeengekomen periode was afgelopen. Het gevolg hiervan was dat de op dat moment nog langlopende huurovereenkomsten (die in de wetswijziging niet was voorzien) voor langere tijd niet meer voor nadere huurprijsvaststelling vatbaar waren. Op grond van de voorloper van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden, de redelijkheid en de billijkheid, kon voor een dergelijke huurovereenkomst de mogelijkheid van tussentijdse huurprijsvaststelling alsnog worden gecreëerd.[63]

De redelijkheid en de billijkheid

Zoals hierboven reeds werd aangegeven speelt de redelijkheid en de billijkheid een cruciale rol bij de beantwoording van de vraag of een bepaalde omstandigheid al of niet onvoorzien is en een rechterlijk ingrijpen, zoals een gedeeltelijke of zelfs gehele ontbinding of wijziging van de overeenkomst, op zijn plaats is. Onder verwijzing naar hetgeen hiervoor is uiteengezet over de vraag naar wat wel en wat niet in de overeenkomst is verdisconteerd, is de beantwoording daarvan tevens afhankelijk van de redelijkheid en de billijkheid, met andere woorden met inachtneming van de algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de betrokken maatschappelijke en persoonlijke belangen, zoals artikel 3:12 BW aangeeft ter nadere invulling van de redelijkheid en de billijkheid.

Artikel 6:248 lid 1 BW geeft aan dat voor een rechterlijk ingrijpen in de rechtsgevolgen van een overeenkomst geen plaats is 'voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept'. Artikel 6:258 lid 2 BW borduurt hierop voort: wanneer een omstandigheid voor rekening komt van degene die zich erop beroept, kan niet

61 HR 23 juni 1989, *NJ* 1991, 673 en HR 10 september 1993, *NJ* 1996, 3.

62 HR 14 juni 1996, *NJ* 1996, 729.

63 Rb. Haarlem 1 augustus 1989, *NJ* 1990, 821; Ktr. Groningen 2 oktober 1991, *Prg.* 1993, 3956 en Ktr. Den Haag 9 december 1992, *Prg.* 1993, 3808.

worden gezegd dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mag verwachten. Met andere woorden: in dat geval is het intreden van de omstandigheid stilzwijgend in de overeenkomst verdisconteerd.

De jurisprudentie geeft van dit laatste een goed voorbeeld in de vorm van een vaststellingsovereenkomst, waarbij partijen (doorgaans en ook in het onderhavige geval) beogen een einde te maken aan de tussen hen bestaande onzekerheid over de vraag waartoe zij in hun onderlinge verhouding verplicht waren. De omstandigheid dat de Hoge Raad in de periode na het aangaan van deze vaststellingsovereenkomst een wijziging in de rechtsopvattingen aangeeft, betekent niet dat een partij zich achteraf daarop kan beroepen. Dit verdraagt zich niet met de aard van de gemiddelde vaststellingsovereenkomst.[64]

De rol van de rechter
Zoals aangegeven kan de rechter bij een geslaagd beroep op onvoorziene omstandigheden op basis van artikel 6:258 lid 1 BW de overeenkomst geheel ontbinden, gedeeltelijk ontbinden dan wel wijzigen. De rechter is daarbij op grond van artikel 6:258 lid 1 tweede zin BW vrij terugwerkende kracht aan de ontbinding of wijziging te verbinden. De rechter is eveneens vrij aan de ontbinding of wijziging een voorwaarde te verbinden, dit op grond van artikel 6:260 lid 1 BW. De Parlementaire Geschiedenis geeft aan dat een huurovereenkomst voor de toekomst kan worden ontbonden, terwijl voor het verleden de huurprijs kan worden gewijzigd.[65]

De terughoudende toepassing door de rechter
In de kennelijke behoefte aan flexibiliteit voorzag ook de publicatie in het najaar van 1997 van een tweetal uitspraken over de toepassing van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden, gewezen door de kantonrechter te Amsterdam.[66] De kantonrechter honoreerde een beroep op onvoorziene omstandigheden en reduceerde de huurprijs (via de wettelijke wijzigingsmogelijkheid) van een middenstandsbedrijfsruimte op grond van langdurige leegstand in het winkelcentrum (het Marie Heinekenplein te Amsterdam) en de brancheverschuiving naar een horecacentrum, welke wijziging als een degradatie werd ervaren. Deze uitspraken kregen in de landelijke pers veel aandacht, omdat men meende dat deze een structurele en ingrijpende doorbraak betekenden naar een breder toepassingsbereik van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden ten behoeve van huurders in het midden- en kleinbedrijf die behoefte hadden aan meer flexibiliteit op de punten van de huurperioden (en de huurprijs). De veronderstelling bleek niet geheel terecht. Nadere bestudering van de vonnissen en de procesdossiers wees uit dat de einduitspraak meer een incidentele toevalstreffer was

64 HR 15 november 1985, *NJ* 1986, 228.
65 Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 970.
66 Ktr. Amsterdam 15 april 1997 en 2 september 1997, *Prg*. 1997, 4857 (*WR* 1998, 7).

en dat weinig substantieel verweer was gevoerd. In de periode daarna werd de beperkte principiële waarde van deze kwestie bevestigd door latere jurisprudentie waarin de rechter in grote mate terughoudend bleek bij het honoreren van een beroep op onvoorziene omstandigheden. Gecombineerd met de intrekking van het wetsvoorstel 24 150 enige tijd daarna (in 1999; zie paragraaf 2.2.2) bleek de korte ontwikkeling naar meer flexibiliteit binnen het huurrecht van bedrijfsruimte weer even snel tot stand te zijn gekomen als zij was ontstaan.

De grote terughoudendheid van de rechter bij de toepassing van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden werd met overtuiging bevestigd door de uitspraak van de Hoge Raad in een kwestie van een huurder van een bedrijfsruimte die op grond van tegenvallende bedrijfsresultaten ontbinding van de huurovereenkomst vorderde.[67] Eerder had de rechtbank reeds in algemene zin geoordeeld dat het risico dat 'de grote loop van het publiek uitblijft' voor rekening van de huurder komt.[68] De Hoge Raad bevestigde daarmee dat het accent bij onvoorziene omstandigheden ligt bij toekomstige omstandigheden en voor toepassing van artikel 6:258 BW alleen plaats is wanneer de onvoorziene omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij van degene die herziening van de overeenkomst verlangt, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. De Hoge Raad stelde: 'Aan dit vereiste zal niet spoedig zijn voldaan; redelijkheid en billijkheid eisen namelijk in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts in hoge uitzondering toe[69]. Uit het voorgaande vloeit voort dat de rechter terughoudendheid moet betrachten ten aanzien van aanvaarding van een beroep op onvoorziene omstandigheden.'[70]

De Hoge Raad geeft daarmee uitdrukkelijk aan dat degene die een beroep doet op onvoorziene omstandigheden teneinde tussentijds van een (huur)overeenkomst af te geraken, en/of de huurprijs tussentijds naar beneden bij te stellen, een zware bewijslast heeft. Hieruit vloeit voor de praktijk voort dat aanprijzingen, brochures, optimistische statistische gegevens en voorspellingen omstandigheden zijn die alle in de risicosfeer van de huurder liggen. Behoudend was de kantonrechter in een zaak over een horecabedrijf in een achterstandwijk in Rotterdam. De kantonrechter oordeelde dat de huurder geen reden had te verwachten dat dit gebied zich in vijf jaar tijd zou ontwikkelen tot een druk uitgaansgebied, zeker nu geen 'A-1 locatie' was overeengekomen. Verrassend positief voor de huurder was zijn geslaagd beroep op de MKZ-crisis die in het begin van 2001 de bedrijfsvoering van de huurder (een verpakkingsbedrijf van landbouwproducten) ernstig had getroffen. De rechter hechtte aan deze nationale ramp belang en oordeelde dat de huurder niet gehouden was de in die periode

67 HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 493.
68 Op dezelfde voet: Ktr. Emmen 2 juli 1997, *Prg*. 1997, 5014.
69 Parlementaire Geschiedenis boek 6, p. 969.
70 De Hoge Raad verwijst in zijn arrest in dit verband naar HR 27 april 1984, *NJ* 1984, 679.

verschuldigd geworden incassokosten en rente over achterstallige huurpenningen aan de verhuurder te voldoen.[71] Minpuntje in deze uitspraak was dat de rechter zijn oordeel ongevraagd baseerde op de redelijkheid en billijkheid, terwijl de huurder zich uitdrukkelijk had beroepen op onvoorziene omstandigheden. In het verlengde hiervan werd Ahold ontheven van haar huurdersverplichtingen nadat zij ruim zes jaar had geprobeerd een verliesgevend filiaal draaiende te houden.[72] Daarbij speelde een rol dat de verhuurder met een verminderde koopkracht te kampen had als gevolg van een gewijzigde bevolkingssamenstelling in de buurt. De voorzieningenrechter oordeelde dat van Ahold in redelijkheid niet kon worden gevergd dat zij de supermarkt (die zij reeds had gesloten) weer zou heropenen. Ook uit deze uitspraak blijkt dat de rechter onverkort terughoudend blijft het leerstuk der onvoorziene omstandigheden aan het oordeel, hoewel dit voor de huurder gunstig kan uitpakken, ten grondslag te leggen.[73] Bemoedigend was het oordeel van de kantonrechter te Zwolle die in een tussenvonnis oordeelde dat een beroep op onvoorziene omstandigheden van huurder Kwantum van een bijkans leeg winkelcentrum (van in totaal 5 units) 'vooralsnog niet van iedere grond gespeend lijkt te zijn' en een comparitie van partijen gelastte ter verkrijging van nadere inlichtingen en stukken.[74] Met dergelijke, betrekkelijk summiere aangrijpingspunten uit de lagere rechtspraak moet men het anno 2005 doen.

Een wat andere kwestie is de gedoogplicht van een (complexgewijze) renovatie, waarbij, nadat de rechter het plan van de verhuurder als redelijk heeft bestempeld, de tegenstemmende huurders de vrijheid hebben, indien de huurovereenkomst niet op tijd kan worden opgezegd, een tussentijdse vordering tot ontbinding in te stellen op grond van onvoorziene omstandigheden (zie hierover nader paragraaf 5.4.4). In een weer wat andere kwestie, namelijk het vroegtijdig opzeggen van een langdurige overeenkomst voor bepaalde tijd, lijkt de Hoge Raad nog strenger in haar beoordeling dan de wet aangeeft. De Hoge Raad stelt enerzijds nadrukkelijk dat een beroep op onvoorziene omstandigheden bij het vroegtijdig beëindigen in beginsel mogelijk is, doch anderzijds dat dan wel vereist is dat de onvoorziene omstandigheden 'van ernstige aard' zijn.[75] Daarbij kan het aandragen van een nieuwe opvolgende kandidaat-huurder voor de zittende huurder die een beroep op onvoorziene omstandigheden wil doen, een gunstige werking hebben. Deze kandidaat-huurder moet dan wel in dezelfde branche opereren.[76]

---

71 Ktr. Deventer 2 mei 2002, *Prg.* 2002, 5882.
72 Voorzieningenrechter Utrecht, 6 februari 2003, KG 2003, 83.
73 In dezelfde lijn: Ktr. Rotterdam 23 januari 2003, *Prg*. 2003, 6011 / *JHV* 2004, 46 en Vrz. Amsterdam 8 april 2003, *JHV* 2004, 37 / *WR* 2003, 67.
74 Ktr. Zwolle 31 augustus 2004, Prg. 2004, 6304 m. nt. P. Abas.
75 HR 21 oktober 1988, *NJ* 1990, 439 en HR 10 augustus 1994, *NJ* 1994, 688.
76 Pres. Rb. Utrecht 25 oktober 2001, *Prg.* 2002, 5852.

Conclusie
De termijnbescherming verdient flexibilisering. Het vervangen van dwingend recht door semi-dwingend recht biedt hiertoe op dit onderdeel geen goede oplossing. De mogelijke oplossingen tot flexibiliteit bestaan in het algemene verbintenissenrecht in de vorm van het leerstuk der onvoorziene omstandigheden, doch dit leerstuk wordt door de rechter terughoudend toegepast en voorziet derhalve in de praktijk niet in de behoefte aan flexibiliteit. Denkbaar is dat van een terughoudende toepassing door de rechter geen sprake meer is indien de huurder zélf het procesinitiatief neemt ter wijziging van de huurvoorwaarden met ene beroep op onvoorziene omstandigheden. Blijkens de jurisprudentie doet een huurder doorgaans pas een beroep op onvoorziene omstandigheden bij wege van verweer tegen een nakomings- of ontbindingsvordering van de verhuurder. In een dergelijk geval bevindt de huurder zich vanuit strategisch oogpunt in een benarde positie en heeft deze de schijn als wanbetaler tegen zich. Het leerstuk der onvoorziene omstandigheden heeft binnen het huurrecht bedrijfsruimte waarschijnlijk een grotere kans van slagen indien dit laatste wordt vermeden.

8 Beëindiging na opzegging

8.1 Inleiding

Zoals in het voorgaande hoofdstuk 7 is uiteengezet, is de termijnbescherming van de huurder nauw gekoppeld aan de opzeggingsbescherming. Vanwege het achterliggende belang van de termijnbescherming van vijf plus vijf jaar (het afschrijven van investeringen en het opbouwen van goodwill) is opzegging van de huurovereenkomst na tien jaar eenvoudiger dan na vijf jaar. De wetgever gaat er namelijk van uit dat na slechts vijf jaar investeringen nog niet ten volle zijn afgeschreven en goodwill nog niet volledig is opgebouwd. Dit is de oorzaak van het strenge opzeggingsregime voor de verhuurder die een huurovereenkomst reeds na vijf jaar door middel van opzegging wil doen beëindigen.

8.2 De momenten waartegen opzegging kan plaatsvinden

Indien een verhuurder of een huurder een huurovereenkomst wil opzeggen, moet dit gebeuren tegen het einde van de eerste huurperiode dan wel tegen het einde van de verlengingsperiode. In het eerste geval geldt een voor de verhuurder streng opzeggingsregime, in het tweede geval een minder strenge. Ook voor eventuele daaropvolgende huurtermijnen geldt dat steeds tegen het einde van elke termijn de huurovereenkomst kan worden opgezegd en wel met behulp van het minder strenge regime. Tussentijdse opzegging is naar maatstaven van het nieuwe huurrecht bedrijfsruimte niet mogelijk (naar die van het oude huurrecht trouwens evenmin); een daartoe strekkende voorziening ontbreekt in de wet.

Opzegging tegen het einde van de eerste huurperiode (art. 7:293 lid 1 BW)
Indien verhuurder en huurder geen huurtermijn zijn overeengekomen, schrijft de wet in de artikelen 7:292 en 7:293 BW semi-dwingendrechtelijk een eerste huurperiode voor van vijf jaar, die, indien de huurovereenkomst niet is opgezegd, na ommekomst van de eerste termijn met een tweede periode van vijf jaar wordt verlengd. De eerste huurperiode kan, conform het vastgelegde termijnensysteem van vijf plus vijf jaar, ook daadwerkelijk op grond van de huurovereenkomst door partijen zijn overeengekomen. Voor de wetgever is deze laatste omstandigheid, vanuit de strekking van de semi-dwingendrechtelijke termijnbescherming, de ideale situatie. Indien één van de huurcontractspartijen tot het beëindigen van de huurovereenkomst wil overgaan, dan moet worden opgezegd tegen het einde van de eerste vijfjarige huurperiode. Een andere mogelijkheid is dat de afspraak tussen huurcontractspartijen over een aanvangshuurperiode gelegen tussen twee jaar en vijf jaar (zonder dat de daartoe vereiste

goedkeuring van de kantonrechter krachtens art. 7:292 lid 2 BW is verkregen; zie paragraaf 7.3.3) door het semi-dwingendrechtelijk termijnensysteem opzijgezet wordt. Ook in dat geval geldt van rechtswege een huurovereenkomst met een eerste periode van vijf jaar. Als gevolg van het semi-dwingendrechtelijke termijnensysteem kan alleen tegen het verstrijken van deze termijn van vijf jaar een dergelijke huurovereenkomst, uiteraard met inachtneming van de opzeggingstermijn, worden opgezegd.

Het – tussentijds – opzeggen van de huurovereenkomst tegen een eerdere datum is niet mogelijk, omdat uit artikel 7:292 lid 1 BW voortvloeit dat de eerste huurperiode van vijf jaar een semi-dwingendrechtelijke minimumtermijn is. Met dit laatste is meteen aangegeven dat wel opgezegd kan worden tegen het einde van een eerste huurperiode die langer is dan het wettelijke minimum van vijf jaar. Artikel 7:292 lid 1 BW bevat in verband met dit laatste de door de wet toegestane mogelijkheid van afspraak tussen huurcontractspartijen dat de eerste huurperiode voor een langere duur dan vijf jaar geldt, bijvoorbeeld voor zeven of acht jaar. Uit artikel 7:293 lid 1 BW vloeit voort dat er een bepaald maximum aan de eerste vrijelijk overeen te komen huurperiode is verbonden – namelijk tien jaar – omdat daarin is vastgelegd dat slechts huurovereenkomsten die een kortere duur dan tien jaar hebben, opgezegd behoren te worden op basis van de opzeggingsvereisten van het strenge regime. Aldus blijkt dat het strenge wettelijke opzeggingsregime geldt voor huurovereenkomsten met een duur van minimaal vijf jaar en korter dan tien jaar.

8.3 De opzeggingsformaliteiten

Naast het hierboven vermelde vereiste dat opzegging dient te geschieden tegen het einde van elke huurperiode, gelden er nog meer formele vereisten waaraan een opzeggingsbrief behoort te voldoen.

8.3.1 De verzending per aangetekende brief dan wel de betekening door de gerechtsdeurwaarder

Krachtens het bepaalde in artikel 7:293 lid 2 BW moet een huuropzegging – of deze nu door de verhuurder of de huurder gedaan wordt – bij deurwaardersexploot dan wel door middel van een aangetekende brief worden verricht. Het doen betekenen van de opzeggingsbrief door de gerechtsdeurwaarder is vrijwel risicoloos. Het aangetekend verzenden van de opzeggingsbrief is inmiddels achterhaald door het fenomeen van de verzending van de brief 'met bericht van ontvangst'. Het enkele per aangetekende post verzenden betekent immers slechts dat de waarde van de inhoud van de envelop verzekerd is, hetgeen in het kader van een schriftelijke opzegging van een huurovereenkomst geen nut heeft. Het is de verzender die volgens artikel 3:37 lid 3 BW en de daarop gebaseerde vaste jurisprudentie moet aantonen dat, in het geval de brief niet ter bestemde plaatse lijkt te zijn gearriveerd, deze daadwerkelijk aangetekend en naar het juiste adres is verzonden. Daarnaast dient de verzender aannemelijk te maken dat de brief is

aangeboden op de wijze die daartoe ter plaatse van bestemming is voorgeschreven[1] dan wel binnen het bereik van geadresseerde is gekomen, (in zijn algemeenheid bijvoorbeeld door een verzendbewijs van een faxbericht).[2] Het verzenden van de opzeggingsbrief 'met bericht van ontvangst' is op het punt van de bewijsbaarheid van de verzending effectief, omdat die verzending op een bepaalde datum in elk geval aantoonbaar is met behulp van het op het postkantoor door de postbeambte afgestempelde verzendbewijs. Daarenboven ontvangt de verzender, indien sprake is van een goede ontvangst van de brief, via de postbesteller een door de ontvanger, voorzien van diens handgeschreven naam, afgetekend ontvangstbewijs, dat bovendien is voorzien van een datum, zodat in dat geval tevens de goede ontvangst op een bepaalde datum door de verzender kan worden aangetoond.

Indien niet kan worden aangetoond dat de opzeggingsbrief brief is gearriveerd bij de geadresseerde, is het de vraag welke sanctie aan deze vormfout moet worden verbonden. De beantwoording daarvan is afhankelijk van de huurcontractspartij die de huurovereenkomst heeft opgezegd. In het geval dat de verhuurder is geweest, is er weliswaar sprake van een vormfout, maar daaraan is niet de sanctie van nietigheid gekoppeld. Immers, ook indien de brief in dat geval wel is gearriveerd maar de huurder als ontvanger geen enkele reactie aan de verhuurder laat blijken, is sprake van niet instemmen met de opzegging. De verhuurder is dan vervolgens krachtens het bepaalde in artikel 7:295 lid 2 BW na ommekomst van zes weken na dagtekening van de brief ontvankelijk in een vordering voor de kantonrechter, die beëindiging van de huurovereenkomst tot doel heeft. Als evenwel sprake is van een opzegging van de huurovereenkomst door de huurder en deze kan niet aantonen dat de opzeggingsbrief tijdig bij de verhuurder is gearriveerd, loopt de eerstgenoemde het risico dat de huurovereenkomst niet aantoonbaar tijdig is opgezegd, met als gevolg dat de huurovereenkomst voor een periode van bijvoorbeeld vijf jaar is verlengd. Aldus blijkt dat het formaliteitsvereiste van artikel 7:293 lid 2 BW voor de verhuurder geen consequenties heeft, in tegenstelling tot voor de huurder, die wel groot belang heeft bij een sterke bewijspositie op dit onderdeel.

8.3.2 De opzeggingstermijn

De minimale duur van de opzeggingstermijn
De opzeggingstermijn bedraagt volgens het semi-dwingendrechtelijke artikel 7:293 lid 2 BW (zowel voor de verhuurder als voor de huurder) ten minste een jaar. Dit laatste betekent dat een opzeggingsbrief, afhankelijk van de overeengekomen opzeggingstermijn, uiterlijk vóór de aanvang van het laatste huurjaar van de eerste huurperiode moet worden verzonden dan wel door de gerechtsdeurwaarder aan de huurcontractspartij moet zijn betekend. Aan dit vereiste dient gedurende de looptijd

1 HR 10 augustus 1990, *NJ* 1991, 229 en HR 8 september 1995, *NJ* 1996, 567.
2 Ktr. Utrecht 12 november 2003, *Prg*. 2004, 6140.

van de gehele huurovereenkomst te worden voldaan; niet alleen in het kader van een opzegging tegen het einde van de eerste huurperiode (op grond van artikel 7:293 lid 1 BW), maar ook in het kader van een opzegging tegen het einde van de tweede huurperiode (op grond van artikel 7:300 lid 2 BW). Ook in het geval de huurovereenkomst voor onbepaalde tijd is verlengd, blijft het wettelijke vereiste van de opzeggingstermijn van minimaal een jaar ten volle van kracht (eveneens op grond van artikel 7:300 lid 2 BW). In verband met het laatste kan men derhalve in het geval van een huurovereenkomst die voor onbepaalde tijd is verlengd, welbeschouwd spreken van een de facto verlenging van de huurovereenkomst met telkens een periode gelijk aan de overeengekomen opzeggingstermijn, derhalve telkens met een termijn van minimaal een jaar.

Hantering van een te korte opzeggingstermijn
Zoals in paragraaf 7.3.1 al is uiteengezet, bestaat op dit specifieke onderdeel een beperking van het semi-dwingend recht, ervan afhankelijk of het de huurder is of de verhuurder die een beroep doet op een opzeggingstermijn die korter is dan een jaar. Tegen de achtergrond van de strekking van de wet bezien, waarin de bescherming van de huurder vooropstaat, dient de wettelijke minimumtermijn met name ten diens faveure: de huurder moet voldoende tijd hebben zich voor te bereiden op een eventueel verlies van de huisvesting van zijn bedrijf. De wetgever heeft daarbij de door de huurder benodigde tijd op minimaal een jaar gesteld. Het is dan ook vanuit die strekking beschouwd in beginsel slechts aan de huurder zich met vrucht te beroepen op de omstandigheid dat een door de verhuurder gehanteerde opzeggingstermijn ten onrechte niet aan het wettelijke minimum van een jaar voldoet. In het verlengde daarvan heeft zich jurisprudentie ontwikkeld.[3] In het geval de huurder c.q. diens boekhouder een huurovereenkomst heeft opgesteld, die ten grondslag ligt aan de huurverhouding, en daarin een opzeggingstermijn van zes maanden heeft opgenomen, kan dezelfde huurder, onder verwijzing naar de redelijkheid en de billijkheid (art. 6:2 BW en art. 6:248 BW) op de nietigheid van die contractuele termijn van zes maanden geen beroep doen in het geval de verhuurder met inachtneming van deze termijn de huurovereenkomst opzegt.[4] In het verlengde daarvan kan onder omstandigheden zelfs een opzeggingstermijn van een jaar te kort zijn als de huurder kort daarvoor voor een aanzienlijk bedrag investeringen had gedaan die de verhuurder slechts tegen boekwaarde wilde vergoeden.[5]
Anderzijds kan blijkens de jurisprudentie niet worden gesteld dat het belang van de huurder te allen tijde prevaleert. Ook een verhuurder dient bij opzegging door de huurder tijdig zekerheid te hebben over de omstandigheid of – en in het bevestigende geval – met ingang van welke datum de lopende huurovereenkomst tot een einde komt. Daarbij staat voorop diens belang bij zekerheid over de continuïteit van huurinkomsten, met name indien deze strekken tot voldoening van de maandelijkse

3 Ktr. Tilburg 3 juni 1982, *Prg*. 1982, 1846.
4 Ktr. Zwolle 18 december 1990, *Prg*. 1991, 3524.
5 Ktr. Den Haag 18 januari 1996, *WR* 1996, 57.

aflossings- en/of rentetermijnen voor de hypothecaire financiering van het betreffende object. Daarmee samenhangend heeft de verhuurder er belang bij tijdig zekerheid te verkrijgen over de datum met ingang waarvan een passende nieuwe huurder moet zijn gevonden, hetgeen enige tijd kan vergen, waarbij de courantheid van het object en de omstandigheid waarin de markt zich op dat moment bevindt, een grote rol speelt.

Bovenstaande uiteenzetting laat zien dat een tijdige zekerheid over de haalbaarheid van de opzegging door de verhuurder, in het belang van beide huurcontractspartijen is – zij het dat in de praktijk het belang van de huurder doorgaans groter zal zijn dan dat van de verhuurder. Op dit onderwerp is rechtspraak ontwikkeld, waarbij de redelijkheid en de billijkheid (zie daarover tevens paragraaf 7.5.2) een grote rol spelen. Blijkens deze rechtspraak is onder bepaalde (zwaarwegende) omstandigheden een beroep van de ene huurcontractspartij op een door de andere huurcontractspartij gehanteerde te korte opzeggingstermijn niet in strijd met de redelijkheid en de billijkheid, indien de als eerste vermelde huurcontractspartij niet benadeeld is door de te korte opzeggingstermijn.[6]

Een door de verhuurder gehanteerde te korte opzeggingstermijn
Een variant op het bovenstaande voorbeeld is de situatie waarbij de overeengekomen opzeggingstermijn wel in overeenstemming is met het semi-dwingendrechtelijke minimum, maar door de verhuurder niet in acht is genomen, waarna deze een beëindigingsvordering instelt. De vraag dringt zich in dit verband op in hoeverre het redelijk is dat de rechter een beëindigingsvordering, die op de in beginsel vernietigbare opzegging is gebaseerd, hierop laat stranden.

Conversie
Artikel 3:42 BW verschaft de rechter in zijn algemeenheid de mogelijkheid te constateren dat een nietige rechtshandeling is omgezet (geconverteerd) in een wél geldige rechtshandeling.[7] De belanghebbende huurcontractspartij behoeft geen uitdrukkelijk beroep te doen op conversie van de te kort gehanteerde opzeggingstermijn, want dat geschiedt van rechtswege en kan door de rechter ambtshalve worden 'geconstateerd'.[8] Hoewel het niet in acht nemen van de opzeggingstermijn op grond van artikel 7:293 lid 2 BW niet tot nietigheid leidt maar tot vernietigbaarheid, wordt artikel 3:42 BW ook onverkort toegepast in een dergelijke situatie. Het doel van artikel 3:42 BW is te voorkomen dat een sanctie vanwege een niet-geldige rechtshandeling verder reikt dan nodig is. Conversie is derhalve een redelijkheidscorrectie vanuit de expliciete of impliciete bedoeling of wens van degene die de in beginsel vernietigbare rechtshandeling heeft verricht en met inachtneming van de belangen van de betrokken andere partij. Bij

6 HR 21 maart 1975, *NJ* 1976, 464; HR 29 april 1983, *NJ* 1983, 627 en HR 8 september 1995, *NJ* 1996, 567.
7 Zie voor een algemene beschouwing over conversie: van Dam e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, derde druk, 2001, nr. 202 e.v.
8 HR 25 maart 1994, *NJ* 1994, 391.

conversie wordt het nagestreefde doel langs een nieuwe weg bereikt, waarbij de uitleg van de rechtshandeling centraal staat.

Voor conversie gelden drie voorwaarden:
1. de strekking van de nietige rechtshandeling moet beantwoorden aan die van een geldige rechtshandeling;
2. aangenomen moet kunnen worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht indien van de eerste rechtshandeling zou zijn afgezien; en
3. de conversie mag niet onredelijk zijn jegens een belanghebbende die niet als partij tot die rechtshandeling heeft meegewerkt.

Voor wat betreft het eerste en het tweede vereiste is voor een geslaagde conversie van belang dat het instellen van de beëindigingsvordering in het verlengde ligt van de eerdere opzegging, niet alleen voor wat betreft de timing (dit in verband met de zeswekentermijn als bedoeld in artikel 7:295 lid 2 BW), maar met name op het punt van de gebruikte opzeggingsgronden, de feitelijke onderbouwing daarvan en de datum waartegen beëindiging wordt gevorderd.

Op het punt van de derde voorwaarde moet – tegen de achtergrond van de strekking van de termijn- en opzeggingsbescherming – worden bezien in hoeverre de huurder jegens wie de huurovereenkomst is opgezegd, in redelijkheid in diens belangen is geschaad bij het niet in acht nemen door de verhuurder van de minimaal geldende opzeggingstermijn. Bij dit laatste element spelen drie factoren een rol. Ten eerste is van belang de mate waarin de opzeggingstermijn niet in acht is genomen. Indien de verhuurder een termijn heeft gehanteerd van negen maanden in plaats van een jaar, is conversie voor de huurder minder bezwaarlijk dan wanneer het gaat om een termijn van drie maanden in plaats van een jaar. Een termijn van zeven weken, gehanteerd door de raadsman van de verhuurder, kreeg van de kantonrechter geen enkele genade.[9] Daarnaast is van belang of er in het betreffende geval sprake is van opzegging tegen het einde van de eerste huurperiode dan wel tegen het einde van de verlengingsperiode; opzegging in het eerste geval is per definitie bezwaarlijker voor de huurder dan in het tweede geval.

In de rechtspraak op het gebied van conversie bij het opzeggen van een huurovereenkomst staat centraal de huurperiode tegen het einde waarvan is opgezegd.[10] Vanuit de achtergrond van het belang en de strekking van de wettelijke termijn- c.q. opzeggingsbescherming verdient de huurder tegen het einde van de eerste huurperiode in grotere mate bescherming dan tegen het einde van de verlengingsperiode. Immers, aan het einde van die laatste periode worden de investeringen van de huurder in zijn onderneming

9 Voorzieningenrechter Leeuwarden, 4 maart 2003, *KG* 2003, 111.
10 Zie de in voorgaande voetnoot aangehaalde uitspraak, alsook: Rb. Amsterdam 4 december 1996, *WR* 1997, 38.

verondersteld te zijn afgeschreven en wordt de goodwill verondersteld te zijn opgebouwd. In het oude huurrecht was hiertoe in artikel 7A:1631 lid 1 slotzin BW een uitdrukkelijke conversiemogelijkheid opgenomen voor het geval een opzegging tegen het einde van de verlengingsperiode op te korte termijn was gedaan. Dienovereenkomstig is door de rechtspraak bevestigd dat een door de verhuurder te kort gehanteerde opzeggingstermijn tegen het einde van de eerste huurperiode per definitie niet wordt geconverteerd in een geldige termijn van minimaal een jaar. De reden hiervoor was dat dit onredelijk zou zijn jegens de huurder. Wanneer echter de verhuurder tegen het einde van de verlengingsperiode een te korte opzeggingstermijn hanteerde, werd in beginsel wél geconverteerd in een geldige termijn.[11]

In het nieuwe huurrecht ontbreekt deze conversiemogelijkheid evenwel in artikel 7:300 lid 3 BW. Vanwege deze uitdrukkelijke wijziging ten opzichte van het oude huurrecht behoort conversie van een te korte opzeggingstermijn ook bij opzegging door de verhuurder tegen het einde van de verlengingsperiode nu tot het verleden. Het is evenwel niet ondenkbaar dat de rechtspraak daarin een nuancering aanbrengt. Ten eerste omdat het algemene conversieartikel (art. 3:42 BW) ook in het nieuwe huurrecht onverkort van kracht blijft en de verhuurder daarop een beroep kan blijven doen. Voorts zijn er vanwege de wettelijke termijn- en opzeggingsbescherming van de huurder, die naar de strekking van de wet tegen het einde van de verlengingsperiode zijn uitgewerkt, situaties denkbaar waarbij conversie redelijk is. Er kunnen zich derhalve ook in het nieuwe huurrecht omstandigheden voordoen waarin van conversie van een te korte opzeggingstermijn sprake kan zijn, met name in het kader van opzegging tegen het einde van de verlengingsperiode en indien de belangen van de huurder door conversie in redelijkheid niet geschaad worden.

8.3.3 De gevolgen van de opzeggingsbrief

Indien de huurder tot het opzeggen van een huurovereenkomst overgaat en dit (bij voorkeur met een 'met bericht van ontvangst' verzonden brief) onder toepassing van de juiste opzeggingstermijn en tegen de juiste datum is gebeurd, dan eindigt de huurovereenkomst tussen huurcontractspartijen met ingang van die datum op grond van artikel 7:295 lid 1 BW. De opzegging van de huurder is daarmee een rechtshandeling die het einde van de huurovereenkomst tot gevolg heeft.[12]
In het geval de verhuurder tot opzegging overgaat en de huurder niet heeft toegestemd in de beëindiging van de huurovereenkomst, dan loopt de huurovereenkomst krachtens artikel 7:295 lid 1 BW van rechtswege door tot de rechter onherroepelijk heeft beslist op een beëindigingsvordering van de verhuurder. De opzegging door de verhuurder is daarmee geenszins een rechtshandeling die het einde van de huurovereenkomst

11 Een uitzondering hierop blijkt uit Rb. Arnhem 24 januari 1991, *Prg*. 1991, 3407.
12 Zie voor een algemene beschouwing over het begrip rechtshandeling: Van Dam e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, 2001, nr. 3 e.v.

tot gevolg heeft. Een dergelijke opzegging is niet meer dan een aankondiging vaneen beëindigingsprocedure en de gronden waarop deze gebaseerd zal zijn indien de huurder niet vrijwillig toestemt in de beëindiging. Indien eerst na verloop van zes weken na de dagtekening van de opzeggingsbrief de huurder niet in de beëindiging heeft toegestemd, is de verhuurder ontvankelijk in diens aangekondigde beëindigingsvordering. Als gevolg van het woord 'onherroepelijk' in artikel 7:295 lid 2 BW kan de huurder die voor de kantonrechter in de beëindigingsprocedure in het ongelijk is gesteld bij een vonnis dat uitvoerbaar bij voorraad is verklaard (als gevolg waarvan een dergelijk vonnis in zijn algemeenheid ten uitvoer kan worden gelegd ondanks dat de in het ongelijk gestelde partij van dit vonnis in hoger beroep komt), in het gehuurde blijven zitten omdat de huurovereenkomst eerst na een onherroepelijk geworden vonnis tot een einde komt. Indien na hoger beroep cassatie bij de Hoge Raad wordt ingesteld, en vervolgens na terugverwijzing de zaak wordt afgedaan door het gerechtshof, kan sprake zijn van een procedure die vele jaren duurt, gedurende welke periode de huurovereenkomst onverminderd voortduurt. De wetgever heeft voorzien dat dit onder bepaalde omstandigheden voor de verhuurder onredelijk kan zijn, zeker indien de rechter voorziet dat de huurder louter hoger beroep en cassatie in zal stellen om het einde van de huur uit te stellen.[13] Om deze reden is aan artikel 7:295 lid 1 toegevoegd een zin met de inhoud dat de rechter, indien hem het verweer van de huurder kennelijk ongegrond voorkomt, zijn toewijzend vonnis uitvoerbaar bij voorraad kan verklaren.

8.3.4 De inhoud van de opzeggingsbrief

Naast de hierboven behandelde formele voor beide huurcontractspartijen geldende vereisten aangaande de wijze van verzenden van de opzeggingsbrief en de in acht te nemen opzeggingstermijn bestaat evenwel ook een belangrijke materiële eis waaraan een opzeggingsbrief moet voldoen als de verhuurder tot opzegging overgaat. Op basis van artikel 7:294 BW moet een opzeggingsbrief van de verhuurder namelijk de gronden bevatten waarop de opzegging is gebaseerd. Ingeval het de huurder is die tot opzegging overgaat, geldt dit vereiste niet. Het vereiste strekt er immers toe de huurder in staat te stellen tijdig de haalbaarheid van de opzegging en diens kansen in een beëindigingsprocedure te beoordelen, zodat hij vooraf kan beslissen het op een beëindigingsprocedure te laten aankomen dan wel in te stemmen met de beëindiging. Laat de verhuurder na de opzeggingsgrond(en) waarop een beroep wordt gedaan in de brief te vermelden, dan is de opzegging nietig, zo stelt eveneens artikel 7:294 BW. De opzeggingsbrief levert dan niet meer op dan een rechtshandeling zonder rechtsgevolg.

Deze verregaande sanctie is veelbetekenend voor het grote belang van dit vereiste. Een zorgvuldige formulering van de opzeggingsgronden in de opzeggingsbrief is van groot belang omdat de daarin geformuleerde gronden precies in overeenstemming behoren te zijn met de beëindigingsgronden in de dagvaarding ter inleiding van de

13 HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 445.

beëindigingsprocedure. Wijziging is niet mogelijk en leidt tot prompte afwijzing van de beëindigingvordering.[14] Wel kunnen de opzeggingsgronden, naar aanleiding van het verweer van de huurder, nader worden gemotiveerd en onderbouwd.[15] Daarmee speelt de opzeggingsbrief een belangrijke rol in de latere beëindigingsprocedure; reeds bij het opstellen van de opzeggingsbrief moet daarop worden geanticipeerd.[16]

In tegenstelling tot hetgeen in het oude huurrecht als vereiste gold (namelijk in art. 7A:1627 lid 2 sub c BW voor opzegging tegen het einde van de eerste huurperiode en in artikel 7A:1631 lid 2 onder d BW voor opzegging tegen het einde van de verlengingsperiode) behoeft een opzeggingsbrief van de verhuurder in het nieuwe huurrecht niet meer het verzoek aan de huurder te bevatten binnen zes weken na dagtekening van de opzeggingsbrief mee te delen of hij al dan niet met een beëindiging instemt. Dit voorschrift, waaraan de verhuurder op straffe van nietigheid van de opzegging voorafgaand aan de invoering van het nieuwe huurrecht behoorde te voldoen, is in het nieuwe huurrecht komen te vervallen. In artikel 7:295 lid 2 BW staat weliswaar vermeld dat, indien de verhuurder niet binnen zes weken na de opzegging van de huurder een schriftelijke mededeling heeft ontvangen dat hij in de beëindiging van de huurovereenkomst toestemt, een vordering tot beëindiging bij de kantonrechter kan worden ingesteld. Maar hieraan is, in tegenstelling tot hetgeen in het oude huurrecht gold, niet meer het formele wettelijke vereiste verbonden dat de verhuurder ook daadwerkelijk in de opzeggingsbrief moet vermelden dat de huurder binnen zes weken over zijn toestemming tot beëindiging aan de verhuurder kan berichten.

8.4 De opzeggingsgronden in het nieuwe huurrecht

8.4.1 De gronden van opzegging tegen het einde van de eerste huurperiode in kort bestek

Het voor de verhuurder strenge karakter van het opzeggingsregime, dat geldt bij opzegging tegen het einde van de eerste huurperiode, komt met name naar voren in het beperkte aantal opzeggingsgronden (twee), zoals is vastgelegd in artikel 7:296 lid 1 sub a en sub b BW. Dit artikel bevat de instructie aan de rechter dat deze een vordering tot beëindiging van de huurovereenkomst, nadat de verhuurder de huurovereenkomst conform de daartoe gestelde wettelijke vereisten heeft opgezegd, slechts kan toewijzen op de gronden dat:

> (sub a:)
> de bedrijfsvoering van de huurder niet is geweest zoals een goed huurder betaamt,

14 Ktr. Apeldoorn, 2 oktober 2002, *Prg.* 2003, 5976.
15 HR 1 november 2002, *NJ* 2004, 114.
16 HR 18 juni 1993, *NJ* 1993, 614.

of

(sub b:)
de verhuurder aannemelijk maakt dat hij, zijn echtgenoot, zijn geregistreerde partner, een bloed- of aanverwant in de eerste graad of een pleegkind het verhuurde persoonlijk in duurzaam gebruik wil nemen en hij daartoe het verhuurde dringend nodig heeft. Onder duurzaam gebruik wordt niet begrepen vervreemding van de bedrijfsruimte, maar wel renovatie van de bedrijfsruimte die zonder beëindiging van de huur niet mogelijk is.

In het oude huurrecht behoorde op grond van vaste rechtspraak de rechter de term 'kan' imperatief (gebiedend) op te vatten, zodat 'kan' gelezen diende te worden als 'moet'.[17] Ondanks dat de nieuwe wettekst onverminderd blijft spreken van 'kan', moet op grond van de (oude) jurisprudentie ook in het nieuwe huurrecht worden uitgegaan van het verplichte karakter van de toewijzingsgronden.Ten opzichte van het vóór 1 augustus 2003 geldende oude huurrecht is de inhoud van de als sub a vermelde opzeggingsgrond ongewijzigd gebleven. De inhoud van de als sub b vermelde opzeggingsgrond, die in het dagelijkse spraakgebruik doorgaans wordt aangeduid als 'dringend eigen gebruik', is daarentegen op twee onderdelen gewijzigd. In tegenstelling tot hetgeen in het oude huurrecht gold, kan in het nieuwe huurrecht per 1 augustus 2003 ook een beroep worden gedaan op 'dringend eigen gebruik' indien de verhuurder het gehuurde wil gaan gebruiken op een ándere manier dan als detailhandelsbedrijfsruimte, bijvoorbeeld als overige bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:230A BW of als woonruimte. Daarnaast wordt onder 'dringend eigen gebruik' tevens verstaan de situatie dat beëindiging van de huur noodzakelijk is om de verhuurder in staat te stellen het gehuurde te renoveren, welke renovatie niet mogelijk is zonder beëindiging van de huurovereenkomst.

Vanwege deze wijzigingen wordt het toepassingsgebied van deze opzeggingsgrond ruimer en wordt de positie van de verhuurder op deze onderdelen in het nieuwe huurrecht dienovereenkomstig versterkt ten koste van de huurder, zij het dat die verruiming ook weer niet moeten worden overdreven (zie daarover nader in paragraaf 8.16).

8.4.2 De opzeggingsgronden tegen het einde van de verlengingsperiode in kort bestek

Bij opzegging tegen het einde van de verlengingsperiode geldt een voor de verhuurder minder streng regime dan in geval van opzegging tegen het einde van de eerste huurperiode. De reden hiervan is de beschikbaarheid van twee extra opzeggingsgronden en de introductie van de 'belangenafweging', die als vijfde opzeggingsmogelijkheid geldt.

---

17 HR 27 april 1979, *NJ* 1979, 493 en HR 3 november 1989, *NJ* 1990, 161.

Aldus worden de in voorgaande paragraaf vermelde twee opzeggingsgronden van artikel 7:296 lid 1 sub a en sub b BW aangevuld met drie extra opzeggingsmogelijkheden. Die bestaan in de eerste plaats uit een niet uitdrukkelijk als opzeggingsgrond geformuleerde belangenafweging en daarnaast uit twee wel uitdrukkelijk als zodanig geformuleerde gronden. Zo zijn er dus tezamen vier verplichte toewijzingsgronden en één algemene, die in het nieuwe huurrecht een combinatie is van een toewijzings- en afwijzingsgrond (de belangafweging). In de praktijk wordt de belangenafweging van artikel 7:296 lid 3 BW, ondanks het feit dat deze niet uitdrukkelijk als opzeggingsgrond in artikel 7:296 BW is opgesomd, als de zgn. 'vijfde opzeggingsgrond' gebruikt. Dit is wetssystematisch evenwel niet juist. Ten eerste omdat de belangenafweging strikt genomen niet bedoeld is als opzeggingsgrond, zoals de vier verplichte toewijzingsgronden, maar in de wet is opgenomen als algemene grond. Daarnaast omdat de belangenafweging niet alleen wordt gebruikt als separate opzeggingsgrond, maar tevens in de praktijk dienst doet als alternatief en redmiddel bij de opzeggingsgronden die in een beëindigingsprocedure tevergeefs zijn aangewend.
De drie extra opzeggingsgronden worden vermeld in artikel 7:296 lid 3 en artikel 7:296 lid 4 BW. In het nieuwe huurrecht heeft de bevoegdelijke onderhuurder een uitdrukkelijke rol gekregen in de belangenafweging. Uit artikel 7:296 lid 3 BW blijkt dat de kantonrechter bij opzegging van de verlengde huurovereenkomst de vordering van de verhuurder tot beëindiging van de huurovereenkomst, naast de hierboven vermelde twee opzeggingsgronden van artikel 7:296 lid 1 sub a en sub b BW, tevens kan toewijzen:

> op grond van een redelijke afweging van de belangen van de verhuurder bij beëindiging van de overeenkomst tegen die van de huurder en van de onderhuurder aan wie bevoegdelijk is onderverhuurd (…)

Aan deze frase volgt meteen daarop de toevoeging:

> De rechter wijst de vordering in elk geval af indien van de huurder, bij een redelijke afweging van de voormelde belangen van hem en van de onderhuurder aan wie bevoegdelijk is onderverhuurd, tegen de voormelde belangen van de verhuurder, niet kan worden gevergd dat hij het gehuurde ontruimt.

Artikel 7:296 lid 4 BW bevat de navolgende twee opzeggingsgronden, die, gelijk als in het geval van de eerdervermelde twee opzeggingsgronden van artikel 7:296 lid 1 sub a en sub b BW, zijn geformuleerd als instructie aan de rechter inhoudende dat deze de beëindigingsvordering na opzegging tegen het einde van de verlengingsperiode in elk geval toewijst indien:

> (sub c:)
> de huurder niet toestemt in een redelijk aanbod tot het aangaan van een nieuwe overeenkomst met betrekking tot het gehuurde, voor zover dit aanbod niet een wijziging van de huurprijs inhoudt,

of

(sub d:)
de verhuurder een krachtens een geldig bestemmingsplan op het verhuurde liggende bestemming wil verwezenlijken

In samenhang met het gedeeltelijk gewijzigde opzeggingsregime is het oude huurrecht wat betreft de verlenging van de huurovereenkomst na afwijzing van de vordering tot beëindiging van de overeenkomst, aangepast. In tegenstelling tot hetgeen voorheen gold (art. 7A:1631a lid 6 BW), wordt in het nieuwe huurrecht bij afwijzing van de beëindigingsvordering niet meer door de kantonrechter bepaald met welke periode de huurovereenkomst wordt verlengd. Het voorschrift van dit bewuste artikel keert dan ook in het nieuwe huurrecht niet terug. De huurovereenkomst kan pas weer worden opgezegd nadat een jaar is verstreken sinds de afwijzing onherroepelijk is geworden, waarbij uiteraard weer een opzeggingstermijn van ten minste een jaar in acht moet worden genomen.

8.5 De opzeggingsgrond 'onbehoorlijke bedrijfsvoering' nader beschouwd

In het oude huurrecht zweeg de wet over wat precies onder onbehoorlijke bedrijfsvoering moet worden begrepen. Blijkens de Parlementaire Geschiedenis lijkt hierbij met name gedacht te moeten worden aan het belang van de verhuurder dat diens pand voortdurend en conform de contractuele bestemming door de bedrijfsmatige huurder in gebruik is, die met passende zorg voor onderhoud en uiterlijk van het object daarin op efficiënte wijze een florerend bedrijf behoort uit te oefenen.[18] Ook in het nieuwe huurrecht wordt de concrete invulling van deze opzeggingsgrond, zoals vastgelegd in artikel 7:296 lid 1 sub a BW, blijkens de Parlementaire Geschiedenis niet duidelijk. Wel is in het nieuwe huurrecht van woonruimte de verwante algemenere term 'niet goed huurderschap' op de persoon gericht, terwijl in het huurrecht van bedrijfsruimte dat op de slechte bedrijfsvoering van de huurder is gericht. De verhuurder moet daarbij aannemelijk maken dat van onbehoorlijke bedrijfsvoering door de huurder sprake is, waarna de belangen van de huurder (en de eventuele onderhuurder) tegen die van de verhuurder zullen worden afgewogen. Deze nadere invulling van de opzeggingsgrond in het nieuwe huurrecht is evenwel te algemeen geformuleerd om het begrip nader te concretiseren. Vanuit wetssystematisch oogpunt kan dit laatste wel gebeuren door in te gaan op de afgrenzing tussen onbehoorlijke bedrijfsvoering en toerekenbare tekortkoming.

Bij onbehoorlijke bedrijfsvoering gaat het in de praktijk veelal om de situatie waarin de huurder zonder toestemming van de verhuurder de contractuele bestemming van het

18 Zie bijv. Ktr. Middelburg 29 oktober 1991, *Prg.* 1992, 3563 en Ktr. Den Haag 23 mei 2001, *Prg.* 2001, 5740.

gehuurde object wijzigt of zelfs geheel staakt, en niet zozeer om een huurder die bijvoorbeeld de verschuldigde huurprijs niet op tijd voldoet ofwel op enigerlei andere wijze wanprestatie jegens de verhuurder pleegt.[19] De eerste situatie is op korte termijn minder nadelig voor de verhuurder te noemen dan de tweede, en verdient dan ook een andere (lichtere) aanpak. In het eerste geval voldoet de huurder bijvoorbeeld wel aan zijn huurbetalingsverplichtingen, maar gebruikt het pand niet conform bestemming. Dit leidt ertoe dat de huurder (slechts) geen nieuwe huurtermijn van bijvoorbeeld vijf jaar dient te krijgen, waarbij niet per definitie er tevens een toerekenbare tekortkoming is. In het tweede geval is wel per definitie sprake van toerekenbare tekortkoming van de huurder jegens de verhuurder, waartoe de wet – mits de wanprestatie ernstig genoeg is om tevens ontbinding en ontruiming te rechtvaardigen – een passender voorziening voor de verhuurder heeft: namelijk de ontbindings- (en ontruimings)procedure. Een dergelijke procedure wordt in de praktijk, ingeval van wanbetaling door de huurder, veelal gecombineerd met een (huur-, kosten- en rente) incassovordering en eventueel een vordering tot schadevergoeding door de huurder. Ook uit de jurisprudentie blijkt dat de als laatste vermelde situatie op zichzelf beschouwd geen aanleiding geeft tot het op grond van 'onbehoorlijke bedrijfsvoering' opzeggen van de huurovereenkomst, maar veeleer reden is voor het aanhangig maken van een vordering (op de voet van art. 7:231 BW) tot (o.a.) ontbinding van de huurovereenkomst en ontruiming van het gehuurde, gecombineerd met een incassovordering (zie hierover nader in hoofdstuk 9).

De situatie waarbij sprake is van toerekenbare tekortkoming door de huurder is op kortere termijn en bovenal in financiële zin nadeliger voor de verhuurder en verdient derhalve een efficiëntere procedure, waaraan minder formele vereisten en beperkingen zijn verbonden. In tegenstelling tot een beëindigingsvordering na opzegging is de verhuurder in het kader van een ontbindingsprocedure immers niet gebonden aan de termijn- en opzeggingbescherming van de huurder. De verhuurder behoeft bij een ontbindingsvordering niet eerst tegen het einde van een bepaalde huurperiode op te zeggen, zoals bij een beëindigingsprocedure na opzegging het geval is, maar kan een dergelijke vordering te allen tijde instellen. Daarnaast speelt de opzeggingstermijn voor de verhuurder bij een ontbindingsvordering geen rol, evenmin als het risico van een eventuele tegemoetkoming in de verhuis- en inrichtingskosten van de huurder en/of de onderhuurder op grond van artikel 7:297 BW. Ten slotte speelt de theoretische mogelijkheid van een schadevergoedingsplicht tegen de gewezen huurder op de voet van artikel 7:308 BW in het kader van een ontbindingsprocedure geen rol.

Uit de wijze waarop in de rechtspraak nadere invulling is gegeven aan 'onbehoorlijke bedrijfsvoering' van de huurder, blijkt dat alle feiten en omstandigheden daarbij een rol kunnen spelen. Dat geldt niet alleen voor het belang dat een verhuurder heeft bij een behoorlijke bedrijfsvoering van een bepaalde huurder in verband met de

19 Ktr. Eindhoven 4 juli 1991, *Prg.* 1992, 3779.

uitstraling van een winkelstraat of een winkelcentrum als geheel waarvan meerdere objecten in handen van dezelfde verhuurder zijn – denk bijvoorbeeld aan het geval waarin de bestemming zonder toestemming van de verhuurder wordt gewijzigd in die van een seksboetiek.[20] Maar ook geldt dat voor de wijze van bedrijfsvoering in andere bij de huurder in gebruik zijnde bedrijfsruimten die onderling nauw met elkaar verweven zijn.[21] Daarnaast kan een rol spelen de omstandigheid dat de huurder zelf feitelijk niets kan worden verweten, omdat de bedrijfsvoering in handen is van een onderhuurder, hetgeen evenwel onverminderd leidt tot de vaststelling dat van onbehoorlijke bedrijfsvoering van de huurder sprake is.[22] Vervolgens is de omstandigheid van belang dat de verhuurder nadeel ondervindt bij de wijze van bedrijfsvoering van de huurder in de vorm van verminderde huurinkomsten bij een omzetafhankelijke huurprijs.[23] Bovendien valt het toelaten van soft-drugshandel volgens de Hoge Raad onder de term 'onbehoorlijke bedrijfsvoering'.[24]

Aldus blijkt dat de onderhavige opzeggingsgrond een ruim bereik heeft, waarbij steeds, zeker in het als laatste vermelde geval, scherp de eventuele overschrijding van de afgrenzing met een mogelijke ontbindingsprocedure in de gaten moet worden gehouden. Immers, in het per 1 augustus 2003 geldende artikel 7:231 BW voorziet lid 2 specifiek in de mogelijkheid van de verhuurder een ontbindingsprocedure aan te vangen ingeval van drugsoverlast (zie hierover nader paragraaf 9.4). Daarnaast dient door de verhuurder de afgrenzing van een beëindigingsprocedure op grond van onbehoorlijke bedrijfsvoering in de gaten te worden gehouden indien de feiten die onbehoorlijke bedrijfsvoering opleveren, tevens overtreding van een contractueel verbod of gebod in de huurovereenkomst met zich meebrengen, in welke situatie overigens ook een vordering strekkende tot nakoming van de huurcontractuele verplichtingen jegens de verhuurder een instrument is dat de verhuurder ten dienste staat. Aldus heeft de opzeggingsgrond een ruim toepassingsbereik, doch een in de praktijk voorshands niet eenvoudige concrete invulling.

8.6 De opzeggingsgrond 'dringend eigen gebruik' nader beschouwd

8.6.1 Algemene beschouwing

In het kader van de opzeggingsgrond 'dringend eigen gebruik' dient de verhuurder op grond van het bepaalde in artikel 7:296 lid 1 sub b BW aannemelijk te maken dat deze zelf (1), diens echtgeno(o)te(e) (2), geregistreerd partner (3), bloed- of aanverwant in de eerste graad (4) of pleegkind (5) het verhuurde persoonlijk in duurzaam gebruik wil nemen en daartoe het verhuurde dringend nodig heeft. Hieronder wordt

20 HR 13 april 1972, *NJ* 1972, 271.
21 HR 4 januari 1980, *NJ* 1980, 347.
22 HR 21 juni 1973, *NJ* 1974, 408 en Rb. Arnhem 21 juli 1977, *Prg*. 1980, 1470.
23 HR 26 februari 1993, *NJ* 1993, 579.
24 HR 3 november 1989, *NJ* 1990, 161.

vervreemding van de bedrijfsruimte niet begrepen. In het nieuwe huurrecht is dat wel het geval voor renovatie van de bedrijfsruimte, die zonder beëindiging van de huur niet mogelijk is (zie hierover nader paragraaf 8.6.7 en paragraaf 8.16). Deze mogelijkheid bestond in het oude huurrecht niet en op dit punt is daarom in het nieuwe huurrecht sprake van een verruiming van de reikwijdte van de opzeggingsgrond 'dringend eigen gebruik'. Het door de verhuurder noodzakelijke gebruik beperkt zich, in tegenstelling tot hetgeen in het oude huurrecht gold, in het nieuwe huurrecht niet tot gebruik als detailhandelsbedrijfsruimte, maar strekt zich tevens uit tot gebruik als overige bedrijfsruimte of tot woonruimte. Voor een door de verhuurder beoogd eigen gebruik van een detailhandelsbedrijfsruimte voor andere, niet-detailhandeldoeleinden behoeft de verhuurder in het nieuwe huurrecht derhalve niet meer een lopende huurovereenkomst op te zeggen op grond van de daartoe in het oude huurrecht geschikte belangenafweging[25] als bedoeld in artikel 7:296 lid 3 BW, maar kan dat gewoon op basis van opzegging wegens dringend eigen gebruik realiseren (zie hierover nader paragraaf 8.6.5). Ook dit element betekent een verruiming van de mogelijkheden van de opzeggingsgrond dringend eigen gebruik. Extra voordeel voor de verhuurder hierbij is dat in een dergelijk geval niet alleen tegen het einde van de verlengingsperiode kan worden opgezegd, zoals slechts bij een beroep op de belangenafweging mogelijk is, maar tevens tegen het einde van de eerste huurperiode. Aldus heeft de onderhavige opzeggingsgrond dringend eigen gebruik in het nieuwe huurrecht op meerdere punten een verruimd toepassingsbereik gekregen.

Opzegging in strijd met de redelijkheid en billijkheid en misbruik van opzeggingsbevoegdheid

Het onderzoek van de rechter bij de beoordeling van een beroep op 'dringend eigen gebruik' beperkt zich tot de beantwoording van de vraag of het aannemelijk is dat bij de verhuurder van een wil tot dringend eigen gebruik van het gehuurde sprake is. Hier blijft het bij. Er behoort dan ook blijkens de Parlementaire Geschiedenis en de vaste rechtspraak geen belangenafweging plaats te vinden,[26] omdat in de wettekst niet vermeld is dat de rechter de beëindigingsvordering 'kan' toewijzen, maar daarin de formulering 'wijst toe' wordt gebruikt, hetgeen een instructie aan de rechter inhoudt: een verplichting om de vordering toe te wijzen indien van de aannemelijkheid van het dringend eigen gebruik is gebleken. Niet alleen de belangen van de huurder worden formeel niet meegewogen, evenmin is dat het geval voor die van een eventuele onderhuurder. Kortom: indien naar het oordeel van de rechter bij de verhuurder van dringend eigen gebruik sprake is, moet deze de beëindigingsvordering volgens de wettelijke instructie toewijzen. Zo luidt de hoofdregel.

25 Rb. Utrecht 14 maart 2001, *WR* 2001, 65.

26 HR 27 april 1979, *NJ* 1979, 493; HR 25 oktober 1991, *NJ* 1992, 148; Ktr. Groningen 6 mei 1993, *Prg*. 1993, 3932; Ktr. Arnhem 4 december 1995, *WR* 1996, 58; Rb. Haarlem 22 mei 2001, *WR* 2001, 75 en HR 12 juli 2002, *NJ* 2002, 457.

Deze formele instructie verdient evenwel enige nuancering. Uit de rechtspraak blijkt dat namelijk in een enkel geval dat wel degelijk sprake is van een belangenafweging – zij het niet via het huurrechtelijke traject van artikel 7:296 lid 1 sub b BW, maar via de leerstukken van de derogerende werking van de redelijkheid en de billijkheid (art. 6:2 lid 1 en lid 2 BW en art. 6:248 lid 2 BW, waarvan de wetteksten zijn weergegeven in paragraaf 7.5.2) en misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 lid 2 BW).

Art. 3:13 lid 2 luidt:

> Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in elk geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.

Met behulp van de bovenstaande algemene leerstukken uit het algemene verbintenissenrecht en het vermogensrecht worden door de rechter de belangen van de huurder meegewogen. Meestal gebeurt dat door een marginale toetsing van een beroep op dringend eigen gebruik vanuit het belang van de huurder, maar niet altijd. In een enkel geval laat de rechter de beantwoording van de vraag of sprake is van dringend eigen gebruik zelfs in zijn geheel achterwege, zoals in het geval dat een beëindigingsvordering na opzegging wegens dringend eigen gebruik strandde wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid, omdat de verhuurder niet bereid bleek meer dan de boekwaarde van recente grote investeringen door de huurder over te nemen.[27] Een ander voorbeeld uit de rechtspraak is de opzegging, die naar het oordeel van de kantonrechter op zichzelf reeds was te kwalificeren als misbruik van recht, wegens strijd met de redelijkheid en de billijkheid, waaraan vervolgens de kantonrechter toevoegde dat overigens geen sprake was van dringend eigen gebruik. De vraag dringt zich op om welke reden de rechter in een geval als het laatste de vordering niet toetst op wet en jurisprudentie en vervolgens afwijst, maar er in één keer overheen stapt met behulp van niet-huurrechtelijke leerstukken, terwijl daartoe in beginsel geen noodzaak bestaat. Dergelijke uitspraken kunnen voorzover zij uitstijgen boven het niveau van een aanvaardbare marginale toetsing die in overeenstemming is met de bedoeling van de wetgever anno 1975, als a-typisch worden beschouwd.
Zuiverder was het rechterlijk oordeel dat niets aan het toewijzen van een beëindigingsvordering in de weg staat indien opzegging is geschiedt meteen nadat de verhuurder (een ten opzichte van de zittende huurder concurrerend supermarktbedrijf) drie jaar eigenaar is, zulks teneinde de facto een concurrerend supermarktbedrijf c.q. haar goodwill over te nemen.[28]

---

27 Ktr. Den Haag 18 januari 1996, *WR* 1996, 57.
28 HR 12 juli 2002, *NJ* 2002, 457.

8.6.2 De wachttijd van drie jaar na rechtsopvolging

De strekking van de wachttijd
Niet altijd kan de verhuurder een beroep doen op de opzeggingsgrond 'dringend eigen gebruik'. Artikel 7:296 lid 2 BW bevat namelijk een wachttijd ingeval het object van eigenaar is veranderd. Gedurende die periode behoort de huurder verschoond te blijven van een beëindigingsprocedure na opzegging van de nieuwe eigenaar/verhuurder wegens dringend eigen gebruik. Deze waarborg voor de huurder bestaat in de vorm van de wachttijd van drie jaar die begint te lopen op het moment waarop de eigendomsoverdracht ter kennis van de huurder is gebracht. Op het punt van kennisgeving blijkt uit de rechtspraak dat niet alleen een schriftelijke, maar ook een mondelinge kennisgeving voldoende wordt geacht, mits kan worden aangetoond dat de huurder daadwerkelijk op deze wijze met de eigendomsovergang bekend is geworden.[29] Artikel 7:296 lid 2 BW geldt zowel ingeval sprake is van een opzegging wegens dringend eigen gebruik tegen het einde van de eerste huurperiode als tegen het einde van de verlengingsperiode. Dit artikel strekt er derhalve toe de huurder te allen tijde te behoeden voor onaangename verrassingen, omdat het nogal eens voorkomt dat nieuwe eigenaren eerst na geruime tijd nadat eigendomsovergang heeft plaatsgevonden, de huurder berichten omtrent de gewijzigde eigendomssituatie.[30] Met name indien het beheer van het pand, waaronder begrepen het versturen van huurnota's en het incasseren van huurpenningen, niet door de eigenaar/verhuurder zelf gebeurt maar aan een externe beheerder uit handen is gegeven, blijft de eigenaarwisseling veelal onttrokken aan het oog van de huurder.

Omdat onder 'dringend eigen gebruik' tevens vallen renovaties die zonder beëindiging niet mogelijk zijn (zie paragraaf 8.6.7), geldt ook in een dergelijk geval het vereiste van de wachttijd van drie jaar ingeval van rechtsopvolging. Deze consequentie van de nieuwe wet lijkt in het verlengde te liggen van de uitspraak van de Hoge Raad in 2001 die de omzeiling van de wachttijd van drie jaar door de nieuwe eigenaar/verhuurder door niet 'dringend eigen gebruik' doch de belangafweging als opzeggingsgrond te gebruiken, blokkeerde.[31]

De reikwijdte van artikel 7:296 lid 2 BW
De rechtsopvolging als bedoeld in artikel 7:296 lid 2 BW wordt in de rechtspraak ruim geïnterpreteerd. Artikel 7:296 lid 2 BW geldt onafhankelijk van de vraag of de nieuwe eigenaar/verhuurder krachtens bijzondere titel (koop gevolgd door levering) dan wel krachtens algemene titel (erfopvolging) de eigendom van het object heeft verworven. Ook het in andere handen geraken van een onderneming door de aandelenoverdracht van de ene naar een andere besloten vennootschap wordt gezien als rechtsopvolging in

29 HR 25 januari 1991, *NJ* 1991, 356.
30 A. R. de Jonge, *De huurovereenkomst*, 2002, p. 104.
31 HR 22 juni 2001, *NJ* 2002, 585.

de zin van artikel 7:296 lid 2 BW.[32] Teneinde te bewerkstelligen dat de wachttijd van drie jaar in een vroeg stadium gaat lopen strekt het de nieuwe eigenaar/verhuurder tot aanbeveling de aandelenoverdracht prompt na het passeren van de notariële akte schriftelijk ter kennis te brengen van de huurder.

Zo ruim als de term rechtsopvolging dient te worden uitgelegd, zo beperkt is de uitzondering daarop terzake van familieleden en pleegkinderen. Slechts indien de verhuurder de echtgenote van de vorige eigenaar is dan wel diens geregistreerd partner, bloed- of aanverwant in de eerste graad of pleegkind geldt de regel van artikel 7:296 lid 2 BW niet. Ter nadere definiëring van de term 'pleegkind' is aan het nieuwe artikel 7:296 lid 2 BW een slotzin toegevoegd waarin pleegkind wordt gedefinieerd als degene die duurzaam als eigen kind is verzorgd en opgevoed. Bij eigendomswisseling van vader op zoon krachtens bijzondere dan wel algemene titel geldt de uitzondering op de hoofdregel van artikel 7:296 lid 2 BW en is van wachttijd geen sprake. Dit is anders indien het gaat om een besloten vennootschap met de zoon als directeur en enige aandeelhouder, die het huurobject in eigendom verwerft van de besloten vennootschap waarvan de vader de directeur en enig aandeelhouder is. In laatstvermelde situatie is van de uitzondering geen sprake, omdat deze twee vennootschappen niet kunnen worden vereenzelvigd en geldt de hoofdregel van de wachttijd van drie jaar weer wél onverkort.[33]

Het gevolg van schending van de wachttijd
Het voorschrift van artikel 7:296 lid 2 BW heeft als gevolg dat een beëindigingsvordering wegens dringend eigen gebruik niet toewijsbaar is indien niet binnen drie jaar voorafgaand aan de dagtekening van een op deze opzeggingsgrond gebaseerde opzeggingsbrief aan de huurder (schriftelijk) is bericht omtrent de nieuwe eigenaar/verhuurder van het object. Ten opzichte van het oude huurrecht zorgt het nieuwe artikel 7:296 lid 2 BW voor een belangrijke wijziging. Schending van de wachttijd van drie jaar leverde voorheen een nietige opzegging op. In het nieuwe huurrecht evenwel leidt deze schending (slechts) tot de niet-toewijsbaarheid van de beëindigingsvordering. Als gevolg van de nieuwe sanctie is conversie op grond van artikel 3:42 BW uitgesloten, hetgeen op dit onderdeel derhalve een extra bescherming van de huurder met zich meebrengt en de waarborg van artikel 7:296 lid 2 BW voor de huurder onderstreept. In het oude huurrecht gold de verplichte wachttijd van drie jaar tevens in het geval de verhuurder het object niet alleen als detailhandelsbedrijfsruimte in gebruik wilde nemen, maar ook voor andere doeleinden (als overige bedrijfsruimte en/of als woonruimte). Omdat in het nieuwe huurrecht de oude beperking is geschrapt dat opzegging wegens dringend eigen gebruik slechts kon worden aangewend als het ging om detailhandelsbedrijfsruimte, lijkt de nieuwe redactie van dringend eigen gebruik in artikel 7:296 lid 2 BW een codificatie van de rechtspraak op dit specifieke onderdeel.[34]

---

32 HR 13 december 1996, *NJ* 1997, 557.
33 Rb. Arnhem 12 juli 1990, *Prg.* 1990, 3333.
34 Rb. Arnhem 27 januari 2000, *Prg*. 2000, 5512 en HR 22 juni 2001, *WR* 2001, 56, *NJ* 2001, 586.

De blokkering door de Hoge Raad van de omzeiling van de verplichte wachttijd
Ter vermijding van de wachttijd van drie jaar bij opzegging wegens dringend eigen gebruik blijkt uit de praktijk dat het vereiste van artikel 7:296 lid 2 BW vooral bij projectontwikkeling een hinderlijke factor kan zijn, die de voortgang van de ontwikkeling van een nieuw project belemmert omdat de huurovereenkomsten van zittende huurders van detailhandelsbedrijfsruimte niet met voortvarendheid kunnen worden beëindigd. Om deze reden is veelvuldig gebruikgemaakt van de mogelijkheid vanwege dezelfde feiten die aan opzegging wegens dringend eigen gebruik ten grondslag liggen, een huurovereenkomst op te zeggen op grond van de belangenafweging (art. 7:296 lid 3 BW). Hieraan heeft de Hoge Raad in juni 2001 een einde gemaakt.[35] Zie hierover nader paragraaf 8.7.

8.6.3 '(…) **persoonlijk** (…) **gebruik** (…)'

Artikel 7:296 lid 2 BW bevat een opsomming van de personen die met de positie van de verhuurder kunnen worden vereenzelvigd: de echtgeno(o)te(e), de geregistreerde partner, de bloed- en aanverwanten in de eerste graad en de pleegkinderen, van wier categorie artikel 7:296 lid 2 slotzin BW een huurrechtelijke definitie geeft: 'Onder pleegkind wordt verstaan degene die duurzaam als eigen kind is verzorgd en opgevoed'. Aldus geeft de wet in artikel 7:296 lid 1 sub b BW een limitatieve opsomming van de natuurlijke personen ten behoeve van wie een huurovereenkomst wegens dringend eigen gebruik kan worden opgezegd.

In de praktijk blijkt dat veel bedrijfsmatig als detailhandel verhuurde panden in eigendom zijn van besloten en naamloze vennootschappen, commanditaire vennootschappen, maatschappen, vennootschap onder firma's en dergelijke.[36] Daarover zwijgt artikel 7:296 lid 1 sub b BW, maar het lijdt geen twijfel dat de opzeggingsgrond dringend eigen gebruik in beginsel ook voor deze verhuurders dienovereenkomstig wordt toegepast. Voor een commanditaire vennootschap blijkt dat daarover doorgaans niet wordt getwist.[37]

Vereenzelviging
Een hiermee samenhangend probleem is dat van de vereenzelviging van rechtspersonen. In de praktijk doet zich nogal eens de situatie voor dat een besloten vennootschap als verhuurder de huurovereenkomst opzegt wegens dringend eigen gebruik van een dochter- of zustervennootschap. De vraag dringt zich dan op in hoeverre de rechtspersoon de huurovereenkomst kan opzeggen en vervolgens een beëindigingsprocedure kan aanvangen wegens dringend gebruik van een daaraan gelieerde vennootschap. De rechtspraak heeft deze vraag als volgt beantwoord in een geval waarin een dochter-

35 HR 22 juni 2001, *NJ* 2001, 585.
36 Zie hierover nader i.h.a: M. J. A. van Mourik, *De personenvennootschap*, 1993.
37 Rb. Amsterdam 4 oktober 2000, *WR* 2002, 16.

vennootschap opzegde wegens dringend eigen gebruik door de moedervennootschap: het beoogde gebruik door de moeder(vennootschap), dat als gebruik door de dochter(vennootschap) heeft te gelden, kan niet slechts worden aanvaard indien de moeder 100% van de aandelen in de dochter houdt. Van vereenzelviging van moeder en dochter is slechts sprake indien op grond van alle omstandigheden, waaronder tevens de statutaire doelomschrijving van de dochter, blijkt dat het eigen belang van de dochter wordt gediend door het gebruik dat de moeder van het verhuurde wil gaan maken. Deze regel vindt evenzeer toepassing bij andersoortige vennootschapen die in een groepsmaatschappij kunnen worden vereenzelvigd, zoals een zuster-zusterverhouding. Kern van de regel is dat de ene vennootschap een rechtens te respecteren belang heeft bij het gebruik door de daaraan verbonden andere vennootschap.[38]

Een variant op het bovenstaande is bijvoorbeeld een natuurlijk persoon die tevens directeur en enig aandeelhouder is van een besloten vennootschap die gebruik wil gaan maken van het betreffende object. Ook indien de natuurlijk persoon een huurovereenkomst opzegt wegens dringend eigen gebruik van de vennootschap wordt vereenzelviging aangenomen indien door het gehuurde aan die ander in gebruik te geven, het eigen belang van de verhuurder wordt gediend. Omgekeerd geldt niet per definitie hetzelfde. Van vereenzelviging is bijvoorbeeld geen sprake indien de vennootschap (een beleggingsvennootschap) een huurovereenkomst wegens dringend eigen gebruik opzegt wegens dringend eigen gebruik van haar bestuurder die geen aandeelhouder is.[39] Het is zeker bij vereenzelviging van rechtspersonen raadzaam zorgvuldig de vennootschap die de huurovereenkomst opzegt te onderscheiden van de vennootschap ten behoeve van wie opgezegd wordt wegens dringend gebruik.[40] De als laatste aangeduide vennootschap is niet de partij die ten behoeve van zichzelf de huurovereenkomst kan opzeggen en een beëindigingsprocedure ten behoeve van zichzelf kan aanvangen. Dit komt logischerwijs slechts de verhuurder toe, maar zo duidelijk behoeft dat bij vereenzelviging in zijn algemeenheid niet altijd te zijn want een geschil op dit punt werd tot de Hoge Raad aan toe uitgeprocedeerd.[41]

8.6.4 '(…) **duurzaam gebruik** (…)'

Uit de wettekst van artikel 7:296 lid sub b BW blijkt dat onder 'duurzaam' gebruik niet vervreemding (eigendomsoverdracht) van de bedrijfsruimte wordt verstaan. De term 'duurzaam' is blijkens de rechtspraak in de jaren '70 een rekbaar begrip en werd

38 HR 20 september 1985, *NJ* 1986, 261; HR 13 december 1996, *NJ* 1997, 557 en Ktr. Amsterdam 20 januari 1998, *WR* 1998, 69 en Ktr. Rotterdam 25 oktober 2001, *Prg*. 2002, 5813 en *WR* 2002, 16.

39 Rb. Alkmaar 28 september 1972, *Prg*. 1973, 803; Rb. Amsterdam 6 december 1978, *NJ* 1980, 3 en *Prg.* 1980, 1520; Rb. Arnhem 22 juli 1990, *Prg.* 1990, 3333; Ktr. Den Haag 17 mei 1995, *Prg*. 1998, 4918 en HR 20 oktober 2000, *NJ* 2000, 692 en *WR* 2001, 12.

40 Asser-van der Grinten, 2-I, p. 29 e.v.

41 HR 10 april 1992, *NJ* 1992, 443.

toentertijd weinig stringent toegepast. De term kan blijkens de oudere rechtspraak ook een tussenfase omvatten, in afwachting van het tijdstip waarop een nieuwe definitieve bestemming verwezenlijkt zal worden, en desalniettemin duurzaamheid van het door de verhuurder beoogde eigen gebruik inhouden.[42] Wel moet, zo blijkt uit de vroegere rechtspraak, een zekere mate van bepaalbaarheid bestaan omtrent de aard en aanvang van de uiteindelijke bestemming. Indien enerzijds een bestemmingsplan is goedgekeurd maar het tijdstip van sloop is onzeker, is van 'duurzaam' eigen gebruik evenwel geen sprake wegens gebrek aan enige bepaalbaarheid van de ingangsdatum van het gebruik.[43] De duur van het gebruik zal lang en aanhoudend moeten zijn om aan het criterium van duurzaamheid te kunnen voldoen.[44] Door de jaren heen is het duurzame karakter van een beroep op dringend eigen gebruik steeds stringenter toegepast. Er wordt door de rechter steeds kritischer gekeken naar de duurzaamheid van het eigen gebruik, omdat dit begrip in de huidige maatschappij in zijn algemeenheid niet meer zo vanzelfsprekend is als in de jaren '70. Met name de concrete voornemens van de verhuurder met het object worden tegenwoordig nadrukkelijker in ogenschouw genomen, zelfs door middel van eigen onderzoek van de rechter indien de verhuurder de mogelijkheid van een alternatieve mogelijkheid openhoudt.[45]

8.6.5 Onbeperkte invulling van het eigen gebruik in het nieuwe huurrecht

Zoals hierboven in paragraaf 8.6.1 reeds is aangeduid, biedt de opzegging wegens dringend eigen gebruik in het nieuwe huurrecht op een belangrijk punt aanzienlijk ruimere mogelijkheden dan in het oude. Het nieuwe artikel 7:296 lid 2 BW geeft de verhuurder de mogelijkheid een huurovereenkomst van detailhandelsbedrijfsruimte op te zeggen wegens dringend eigen gebruik van het object als overige bedrijfsruimte of als woonruimte. Waar vroeger voor de twee laatstvermelde categorieën de belangenafweging werd toegepast, biedt in het nieuwe huurrecht de opzeggingsgrond 'dringend eigen gebruik' de verhuurder de noodzakelijke ruimte. Dit is op zichzelf beschouwd opmerkelijk, omdat de restrictie van het oude huurrecht juist op aandringen van de Tweede Kamer in de wetswijziging van 1975 werd opgenomen. De hierboven aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad uit 1995[46] maakte reeds duidelijk dat van dringend eigen gebruik ook sprake kan zijn indien de verhuurder het in de detailhandelsbedrijfsruimte gevestigde bedrijf weliswaar zelf wil gaan uitoefenen, maar op een andere locatie binnen het complex (dat geheel in diens eigendom was). In het geval dat leidde tot deze uitspraak van de Hoge Raad, ging het om het voornemen van de verhuurder dat de bedrijfsruimte waarvan de huurovereenkomst was opgezegd, in het kader van een reorganisatie binnen het complex een andere bestemming zou krijgen. Uit de uitspraak van de Hoge Raad blijkt dat dit vanuit het oogpunt van

42 HR 9 december 1977, *NJ* 1978, 275.
43 HR 24 oktober 1975, *NJ* 1976, 137.
44 HR 23 december 1977, *NJ* 1979, 411.
45 HR 24 februari 1995, *NJ* 1995, 431.
46 HR 24 februari 1995, *NJ* 1995, 431.

een doelmatiger bedrijfsuitoefening niet aan de toepassing van de beëindigingsgrond 'dringend eigen gebruik' in de weg behoeft te staan.

8.6.6 '(…) **dringend nodig** (…)'

De achterliggende strekking van het vereiste van dringendheid
De verhuurder dient in het kader van een beëindigingsprocedure na opzegging wegens dringend eigen gebruik, naast dat moet zijn voldaan aan de hierboven vermelde vereisten, tevens de 'dringendheid' van het eigen gebruik aannemelijk te maken. Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat bij de wetswijziging van 1975 het onderhavige vereiste van de dringendheid op verzoek van de Tweede Kamer aan de toenmalige (concept)wettekst is toegevoegd ten behoeve van een (extra) bescherming van de huurder. De wetgever was namelijk van oordeel dat slechts de dringendheid van het eigen gebruik (mits aannemelijk gemaakt door de verhuurder) uiteindelijk ertoe behoorde te leiden dat het belang van de verhuurder definitief moest wijken voor dat van de huurder.[47] Achter de term 'dringend' gaat een uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever schuil, die in de praktijk erop neerkomt dat de rechter in elke voorgelegde beëindigingskwestie wegens dringend eigen gebruik daadwerkelijk op dit specifieke punt moet gaan onderzoeken of inderdaad aannemelijk is gemaakt dat het eigen gebruik dringend is en van doorslaggevende betekenis bij de beoordeling van de achterliggende vraag of dringend eigen gebruik door de verhuurder in zijn geheel aannemelijk is gemaakt.[48]

De niet-stringente toepassing van het vereiste van de dringendheid
Het begrip 'dringendheid' wordt doorgaans niet zo stringent toegepast als de Parlementaire Geschiedenis doet vermoeden, zo kan om meer redenen worden vastgesteld. Daarbij verdient opmerking dat in het huurrecht van bedrijfsruimte aan de inhoudelijke toetsing op het specifieke punt van de dringendheid bij beëindigingskwesties minder zware eisen worden gesteld dan bij soortgelijke kwesties in het huurrecht van woonruimte (art. 7:274 lid 1 sub c BW). De dringendheid van het eigen gebruik wordt blijkens de rechtspraak met name niet strikt toegepast, omdat de aanwezigheid ervan in het huurrecht van bedrijfsruimte slechts 'aannemelijk' dient te worden gemaakt.[49] Aantoonbaarheid in objectieve zin is niet vereist. Vanuit de letterlijke betekenis van het begrip 'dringend' bezien is dit opmerkelijk. De 'dringendheid' van een beoogd eigen gebruik van een bepaalde bedrijfsruimte is over een termijn van minimaal een jaar (de minimale duur van een opzeggingstermijn) strikt genomen in het geheel niet zo dringend als de verhuurder stelt. Dat maakt het begrip per definitie innerlijk tegenstrijdig en bij een strikte interpretatie is dit bovendien niet eenvoudig aannemelijk te maken. Eigen gebruik is in beginsel pas dringend als het op korte termijn noodzakelijk

47 Kamerstukken II (MvA) 1974/1975 (Stb. 339), p. 7.
48 HR 23 december 1977, *NJ* 1979, 411.
49 HR 2 februari 1979, *NJ* 1979, 508.

is en niet eerst op termijn van een jaar – of, als gevolg van een beëindigingsprocedure die niet binnen een jaar na opzegging heeft plaatsgevonden, op een nog langere termijn – tot een onherroepelijk ontruimingsvonnis leidt. Ook vanuit de achterliggende strekking van de term 'dringend' in de Parlementaire Geschiedenis bezien is het opmerkelijk dat het begrip in de rechtspraak doorgaans niet strikt wordt toegepast, omdat het door de wetgever in 1975 beoogde doel van de extra huurbescherming door het opnemen van de term in de concept-wettekst niet in alle gevallen wordt bereikt. Een voorbeeld van op dit punt niet-stringente toepassing is de volgende kwestie. Een supermarktketen die enkele bedrijfsruimten separaat (als 'winkel-in-winkel') aan detaillisten had verhuurd, zegde de huurovereenkomsten op op grond van het dringend nodig hebben voor eigen gebruik. De supermarkt beriep zich daarbij op een formulewijziging waarbij onder andere uniforme presentatie en kwaliteitsbewaking werd beoogd. De rechter achtte dringend eigen gebruik voldoende aannemelijk gemaakt, ondanks het feit dat de supermarkt de nieuwe formule zelf had gecreëerd en ondanks de omstandigheid dat de betreffende detaillist had toegezegd zich aan het nieuwe beleid van de verhuurder op het punt van de uniforme presentatie te conformeren.[50]

Het bovenstaande beeld van de niet-stringente toepassing van het begrip 'dringendheid' verdient enige aanvulling. Bij de wijze van toepassing van dit begrip in de rechtspraak kan immers een rol spelen de omstandigheid of wegens dringend eigen gebruik een huurovereenkomst is opgezegd tegen het einde van de eerste huurperiode dan wel tegen het einde van de verlengingsperiode. Het kan voor de verhuurder eenvoudiger zijn de dringendheid van het eigen gebruik aan te tonen bij opzegging tegen het einde van de verlengingsperiode, omdat de verhuurder dan nagenoeg tien jaar het gebruik van het betreffende object heeft moeten ontberen en de termijnbescherming van de huurder strekkende tot het afschrijven van investeringen en het opbouwen van goodwill doorgaans is uitgewerkt.
Daarbij verdient tevens opmerking de omstandigheid dat, in tegenstelling tot een beëindigingsvordering na opzegging tegen het einde van de eerste huurperiode, er in geval van dezelfde vordering aan het einde van de verlengingsperiode, een belangenafweging plaatsvindt. Deze omstandigheid is blijkens de rechtspraak doorgaans in het voordeel van de verhuurder, omdat als in een beëindigingsvordering komt vast te staan dat de verhuurder het dringende karakter van het beoogde eigen gebruik niet of niet volledig aannemelijk heeft gemaakt, dat niet eraan in de weg staat dat de belangenafweging toch in diens voordeel uitvalt.[51] Aan het bovenstaande kan in het nieuwe huurrecht van bedrijfsruimte worden toegevoegd dat de verhuurder in mindere mate gebonden kan worden geacht aan het gebruik van de specifieke bedrijfsruimte als detailhandelsbedrijfsruimte, omdat op grond van het nieuwe artikel 7:296 lid 1 sub b BW ook een beroep op dringend eigen gebruik van een detailhandelsbedrijfsruimte als overige bedrijfsruimte en woonruimte mogelijk is, waardoor de verhuurder ruimere

50 Rb. Assen 17 juli 1990, *NJ* 1991, 181.
51 Rb. Utrecht 14 maart 2001, *WR* 2001, 65.

mogelijkheden met het pand ten dienste staan voor het door deze beoogde gebruik. Dit maakt een beroep van de verhuurder op het dringende karakter van het eigen gebruik in meer omstandigheden mogelijk.

In de rechtspraak staat voorop dat het dringend nodig hebben voor eigen gebruik betekent dat de bedrijfsruimte niet alleen voor de verhuurder van wezenlijk belang is, maar bovendien dat het wezenlijke belang een dringende behoefte oplevert. Indien die dringende behoefte niet aannemelijk kan worden gemaakt, zal een beëindigingsvordering na opzegging wegens dringend eigen gebruik stranden. Uit de rechtspraak blijkt dat bij de beoordeling van de dringendheid van het eigen gebruik alle omstandigheden van het geval van belang kunnen zijn. Een veelgebruikt argument is een beroep op de ontoereikende financiële omstandigheden van de verhuurder in combinatie met de te verwachten inkomsten uit de door deze gewenste exploitatie van een ander bedrijf in de betreffende bedrijfsruimte,[52] of een dringende noodzaak om een bouwkundige voorziening te treffen. Wat dit laatste punt betreft biedt het nieuwe huurrecht een specifieke voorziening: noodzakelijke renovatie van de bedrijfsruimte levert de opzeggingsgrond een ruimer bereik op. Onder het oude huurrecht was het onzeker of sloop en nieuwbouw als dringend eigen gebruik kon worden aangemerkt en kon een beroep van de verhuurder op de belangenafweging enige soelaas bieden.[53] In het nieuwe huurrecht is dit laatste niet meer primair noodzakelijk en geeft de nieuwe formulering van dringend eigen gebruik in artikel 7:296 lid 1 sub b BW ook hiertoe de ruimte indien renovatie hieronder kan worden geschaard (zie hierover nader paragraaf 8.6.7).

Uit de rechtspraak blijkt voorts dat het niet belangrijk is op welke wijze de wil tot dringend eigen gebruik is ontstaan. Het kan de verhuurder niet worden tegengeworpen dat deze, zoals in de boven behandelde kwestie van de supermarkt, zelf de omstandigheden heeft gecreëerd die tot het opzeggen wegens dringend eigen gebruik hebben geleid. Ook is niet belangrijk dat de omstandigheden die voor een dergelijke opzegging hebben zorggedragen, onafhankelijk van de wil van de verhuurder zijn ontstaan.[54] Evenmin kan een beroep op dringend eigen gebruik stranden indien de verhuurder, naast de bedrijfsruimte waarvan de huurovereenkomst is opgezegd, een alternatieve bedrijfsruimte(n) tot zijn beschikking heeft, in welk verband het niet redelijk is van de verhuurder te vergen dat hij die alternatieven benut.[55] De dringendheid van het eigen gebruik behoeft niet in de persoonlijke omstandigheden van de verhuurder gelegen te zijn, zij kan ook gelegen zijn in algemene bedrijfseconomische redenen zonder daadwerkelijk geconcretiseerde activiteiten. Niet vereist is dat de bedrijfsactiviteiten op het moment van opzegging reeds daadwerkelijk door de zittende huurder worden

52 HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 435.
53 Ktr. Zwolle 18 mei 1999, *WR* 2000, 44; Ktr. Tiel 6 augustus 2003, *WR* 2004, 9.
54 HR 10 oktober 1980, *NJ* 1981, 150 en HR 10 maart 1989, *NJ* 1989, 490.
55 HR 25 oktober 1991, *NJ* 1992, 148; Ktr. Amsterdam 27 mei 1999 en Rb. Amsterdam 3 november 1999 en 4 oktober 2000, *WR* 2001, 16.

ontplooid.[56] Wel dient door de verhuurder te worden aangetoond dat sprake is van een serieus en uitvoerbaar plan, waarbij het accent ligt op de praktische en juridische haalbaarheid van het voornemen van de verhuurder, zoals het kunnen verkrijgen van een bouwvergunning.[57]

8.6.7 Renovatie onder beëindiging van de huurovereenkomst

Zoals hierboven reeds is aangegeven is de reikwijdte van dringend eigen gebruik ten opzichte van het oude huurrecht in het nieuwe per 1 augustus 2003 geldende artikel 7:296 lid 1 sub b BW sterk verruimd door de toevoeging van de zinsnede:

> Onder duurzaam gebruik wordt (…) begrepen (…) renovatie van de bedrijfsruimte die zonder beëindiging van de huur niet mogelijk is.

Naast de mogelijkheid van een renovatie (enkelvoudig resp. complexgewijs) mét voortzetting van de huurovereenkomst als vastgelegd in de algemene bepaling van artikel 7:220 lid 2 resp. artikel 7:220 lid 3 BW (zie paragraaf 5.4.4), biedt artikel 7:296 lid 1 sub b BW de mogelijkheid de huurovereenkomst te doen beëindigen bij renovaties die zonder huurbeëindiging niet mogelijk zijn. De wetgever positioneert renovatie in artikel 7:296 lid 1 sub b BW tekstueel als bijzondere vorm van *duurzaam* dringend eigen gebruik. Men dient in dit verband bij renovatie derhalve te denken aan zodanig grootscheepse herstelwerkzaamheden dat deze niet onder artikel 7:220 lid 2 en lid 3 BW zijn te scharen, omdat de huurder vanwege die werkzaamheden niet meer kan terugkeren. Dit is met name het geval bij sloop en nieuwbouw op de voet van artikel 7:220 lid 2, slotzin BW, waarbij bovendien plaats en functie van het object (of van meerdere objecten in een bedrijfscomplex) definitief zullen moeten veranderen, hetgeen betekent dat voortzetting van de bestaande huurovereenkomsten in een aangepaste vorm voor wat betreft de omvang, de huurprijs en de kwaliteit niet mogelijk is, hetgeen huurbeëindiging rechtvaardigt.[58] Ook de weigering van een huurder mee te werken aan een redelijk gevonden renovatieplan kan een opzeggingsgrond opleveren, omdat in dat geval de renovatie niet kan worden uitgevoerd zonder huurbeëindiging.

Huurbeëindiging op grond van deze omstandigheden kon in het oude huurrecht slechts geschieden op basis van de toen geldende opzeggingsgronden, waarbij met name moet worden gedacht aan opzegging met een beroep op de belangenafweging wegens sloop en nieuwbouw (eerst mogelijk bij opzegging tegen het einde van de verlengingsperiode) dan wel (in een enkel geval) opzegging wegens het weigeren van een redelijk aanbod tot het aangaan van een nieuwe huurovereenkomst nadat renovatie heeft plaatsgevonden.[59] In het nieuwe huurrecht is opzegging wegens grootscheepse

56 HR 7 mei 1993, *NJ* 1993, 401 en HR 24 november 1997, *NJ* 1998, 148.
57 HR 24 januari 1997, *NJ* 1997, 558.
58 Kamerstukken II 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 22.

renovatie reeds mogelijk tegen het einde van de eerste huurperiode en bovendien op grond van een uitdrukkelijk daartoe in artikel 7:296 lid 1 sub b BW gecreëerde voorziening. Aldus is het nieuwe huurrecht ingeval van renovaties onder huurbeëindiging *qua timing* in het voordeel van de verhuurder: de huurder kan in een eerder stadium van de huurovereenkomst deze opzeggingsgrond aanwenden.

Dezelfde wijziging heeft het huurrecht van woonruimte ondergaan in het nieuwe artikel 7:274 lid 3 sub a BW waarin op soortgelijke wijze de opzeggingsgrond dringend eigen gebruik ten behoeve van renovaties is verruimd. In het oude huurrecht van woonruimte was overigens in ruimere mate rechtspraak ontwikkeld op de grondslag van dringend eigen gebruik op de voet van artikel 7A:1623e BW (thans gecodificeerd in artikel 7:274 lid 3 sub a BW, waarbij in verband met dergelijke grootscheepse renovaties ook een beroep op artikel 7:274 lid 1 sub d BW – weigeren van redelijk aanbod – kans van slagen kon hebben).

8.7 De opzeggingsgrond 'belangenafweging' nader beschouwd

Zoals hierboven in het kort is aangeduid vervult de belangenafweging ten behoeve van de beëindiging van een huurovereenkomst na opzegging tegen het einde van de verlengingsperiode door de verhuurder in het nieuwe huurrecht een tweeledige functie: een toewijzingsgrond en een afwijzingsgrond – een en ander naast de vier verplichte toewijzingsgronden. De belangenafweging komt in beginsel aan de orde indien de verplichte toewijzingsgronden de verhuurder geen soelaas bieden. De belangenafweging vervult in het nieuwe huurrecht op essentiële onderdelen een andere functie. Anders dan in het oude huurrecht[60] kan in het nieuwe huurrecht niet meer in alle gevallen worden gesproken van een *verplichting* van de rechter in alle gevallen een belangafweging te hanteren. Dit blijkt uit nadere beschouwing van de tekst van artikel 7:296 lid 3 BW, waarin in de eerste zin een dergelijke verplichting ontbreekt. Slechts in de tweede zin van artikel 7:296 lid 3 BW staat een uitdrukkelijke verplichting van de rechter om (ambtshalve) de belangenafweging toe te passen. De eerst zin van artikel 7:296 lid 3 BW ontbrak in het oude huurrecht; de tweede zin is soortgelijk aan het oude artikel 7A:1631a lid 1 BW. In de volgende paragraaf wordt deze wijziging nader behandeld, waarbij tevens de andere drie wijzigingen van de functie van de belangenafweging aan de orde komen.

8.7.1 De vernieuwde belangenafweging in het nieuwe huurrecht

Nieuw: de combinatie van een toewijzingsgrond en een afwijzingsgrond
Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat de belangenafweging in het nieuwe huurrecht een *nauwkeuriger* omschrijving bevat dan die in het oude huurrecht.[61] Nadere

59 Ktr. Utrecht 5 oktober 1995, *WR* 1996, 30 en Rb. Amsterdam 29 november 2000, *WR* 2001, 26.
60 Rb. Utrecht 7 augustus 2002, *WR* 2002, 15.

bestudering wijst evenwel uit dat de enkele drang naar nauwkeurigheid de gewijzigde functie van de nieuwe belangenafweging geen recht doet. Hiertoe dient de precieze wettekst nader te worden beschouwd.

Opvallend is het onderscheid dat in artikel 7:296 BW bestaat tussen de eerste zin en de tweede zin van lid 3, in vergelijking met de oude wettekst van artikel 7A:1631a lid 1 BW. De formulering van artikel 7:296 lid 3, eerste zin BW ten opzichte van het voormalige artikel 7A:1631a lid 1 BW is afwijkend ten opzichte van de tweede zin van artikel 7:296 lid 3 BW. De eerste zin bevat een niet-imperatieve toewijzingsgrond ten behoeve van de verhuurder; de tweede zin bevat een imperatieve afwijzingsgrond ten behoeve van de huurder en de bevoegdelijke onderhuurder. Het nieuwe artikel spreekt in de eerste zin aldus niet van een *verplichting* van de rechter tot afwijzing van een op deze opzeggingsgrond gebaseerde beëindigingsvordering (ten behoeve van de huurder) maar slechts van een *mogelijkheid* ('kan') die de rechter ten behoeve van de verhuurder ten dienste staat bij diens afweging tot toewijzing van de beëindigingsvordering. Artikel 7:296 lid 3 BW is daarmee sterk afwijkend ten opzichte van het voormalige artikel 7A:1631a lid 1 BW, waarin was vastgelegd dat de rechter de beëindigingsvordering na opzegging tegen het einde van de verlengingsperiode *moest* afwijzen (de belangenafweging in het oude huurrecht was dan ook een algemene *afwijzing*sgrond) indien het belang van de huurder bij het achterwege blijven van ontruiming zwaarder was dan dat van de verhuurder bij beëindiging van de huurovereenkomst. Weliswaar bestaat onder de vigeur van het oude huurrecht ontwikkelde rechtspraak waaruit blijkt dat de term 'kan' in artikel 7A:1628 lid 1 BW imperatief moet worden opgevat ('kan' dient gelezen te worden als 'moet')[62], maar het is onaannemelijk dat de oude rechtspraak op dit specifieke onderdeel in het nieuwe huurrecht onverkort geldt, temeer nu het 'kunnen' in de formulering van de eerste zin van artikel 7:296 lid 3 BW van de rechter gericht is op het toewijzen van de beëindigingsvordering en juist als zodanig ter bescherming van de huurder moet worden beschouwd en om deze reden juist níét als een 'moeten' dient te worden gelezen. Indien de wetgever anderszins had beoogd, was de wettekst ook anders geformuleerd. Welbeschouwd kan worden vastgesteld dat de wetgever de belangenafweging als imperatieve afwijzingsgrond uit het oude huurrecht in het nieuwe huurrecht heeft gehandhaafd, doch daaraan voorafgaand een niet-imperatieve toewijzingsgrond heeft geïntroduceerd.

Over het onderlinge verband van de twee soorten belangenafweging in artikel 7:269 lid 3 BW moet nog worden opgemerkt dat in de tekst van de tweede zin wordt verwezen naar de eerste zin op het punt van de belangen die moeten worden afgewogen. Immers, de tweede zin spreekt van 'een redelijke afweging van *voormelde* belangen', daarmee onmiskenbaar verwijzend naar de eerste zin van artikel 7:296 lid 3 BW. Dit betekent dat de belangenafweging krachtens de tweede zin (de imperatieve

61 Kamerstukken II 1999/2000, 26 932, nr. 3, p. 6.
62 HR 3 november 1989, *NJ* 1990, 161.

afwijzingsgrond) als speciaal onderdeel plaatsvindt in het kader van de (niet-imperatieve) belangenafweging van de eerste zin.

Gelijk als in het oude huurrecht blijft het open karakter van de belangenafweging in het nieuwe huurrecht bestaan. Alle mogelijke feiten en omstandigheden kunnen daarbij een rol spelen. Zo was er het geval van de exploitatieovereenkomst van een benzinestation.[63] De verhuurder van het benzinestation en onroerende aanhorigheden (Esso) was erfpachter van de grond en de gemeente trad op als erfverpachter. De gemeente zegde de erfpacht op en de verhuurder zegde (tegen dezelfde datum) om uitdrukkelijk die reden de huurovereenkomst op met een beroep op de belangenafweging. Nu vloeit uit artikel 5:94 lid 2 BW voort dat de gemeente als erfverpachter de (bevoegdelijke) huurovereenkomst met de benzinestationexploitant gestand moet doen, hetgeen welbeschouwd tot niet-ontvankelijkheid van de verhuurder had moeten leiden. De kantonrechter liet zich daarover niet uit en oordeelde dat de erfpachtopzegging op zichzelf in het kader van de belangenafweging voldoende was ten behoeve van de beëindiging van de huurovereenkomst en wees de beëindiging dan ook toe. De verhuurder was immers door de beëindiging van de erfpacht niet meer tot verhuur bevoegd. Deze uitspraak is overigens bekritiseerd vanwege het feit dat de kantonrechter – kennelijk – artikel 5:94 lid 2 BW heeft veronachtzaamd. Krachtens dit artikel behoorde de gemeente de lopende huurovereenkomst gestand te doen en was huurbeëindiging niet noodzakelijk geweest. Strikt genomen is dit juist te noemen. Vanuit praktisch oogpunt had dit tot grote complicaties geleid. De gemeente is geen oliemaatschappij en de gevolgen van toepassing van artikel 5:94 lid 2 BW zouden tot een schier niet te exploiteren benzinestation hebben geleid. Het is te betreuren dat de kantonrechter zich daarover niet heeft uitgelaten. In een soortgelijk geval (het betrof een kiosk) ging de Hoge Raad wél nader in op deze problematiek. De Hoge Raad achtte de wet en wetsgeschiedenis op artikel 5:94 lid 2 BW voorshands niet geheel duidelijk. De Raad interpreteert artikel 5:94 lid 2 BW op basis van de strekking daarvan bepaald ruim, onder verwijzing naar (1) het identieke artikel 3:217 lid 3 BW en de daaraan ten grondslag liggende wetgeschiedenis (inzake vruchtgebruik), alsook (2) naar het termijnen- en opzeggingssysteem van detailhandelsbedrijfsruimte en de daaraan ten grondslag liggende ratio van investeringsbescherming en oordeelde dat de erfpachter na beëindiging van de erfpacht gebonden is aan de (verlengde) huurovereenkomst voor de verlengde duur van de huur doch met een maximumduur van vijf jaar. De erfverpachter zet aldus de huurovereenkomst voort en komt op haar beurt alle wettelijke mogelijkheden toe de huurovereenkomst op te zeggen.

Nieuw: de introductie van het belang van de onderhuurder

Ten opzichte van het oude huurrecht is de functie van de belangenafweging in het nieuwe huurrecht in artikel 7:296 lid 3 BW in meerdere opzichten gewijzigd. Ten eerste springt in het oog de toevoeging dat ook de belangen van de *bevoegdelijke*

63 HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 78/*WR* 2003, 18.

onderhuurder een uitdrukkelijke rol spelen bij de beoordeling van het belang van de huurder tegenover dat van de verhuurder. Op dit onderdeel is sprake van codificatie van de onder de vigeur van het oude huurrecht ontwikkelde rechtspraak, waaruit reeds sedert 1975 bleek dat de belangen van de (bevoegdelijke) onderhuurders bij de afweging dienen te worden betrokken.[64] Als direct gevolg van deze toevoeging wordt het belang van de huurder per 1 augustus 2003 met behulp van een uitdrukkelijk daartoe strekkende wettelijke grondslag verzwaard met het belang van diens bevoegdelijke onderhuurder, welke gezamenlijke belangen in beginsel beter weerstand kunnen bieden tegen het enkele belang van de verhuurder. Van deze bescherming profiteert op gelijke wijze de onderhuurder mee. Met name in de horecabranche, waar veelal sprake is van zgn. 'brouwerijcontracten', en bij franchiseketens voorziet het nieuwe artikel 7:296 lid 3 BW in een behoefte, omdat de praktijk, waarin op grond van de vaste rechtspraak de belangen van onderhuurders reeds werden meegenomen, in het nieuwe huurrecht thans een wettelijke basis heeft gekregen. Om deze reden is sprake van een formele vastlegging in de wet van de versterking van de belangen van huurders en bevoegdelijke onderhuurders.

Nieuw: geen primaire functie meer bij renovaties
De functie van de belangenafweging als separate opzeggingsgrond is in het nieuwe huurrecht niet meer van primair belang in het kader van een grootscheepse renovatie van de bedrijfsruimte die ertoe leidt dat de huurovereenkomst niet kan worden voortgezet. Het nieuwe huurrecht biedt door de verruiming op dit onderdeel van de opzeggingsgrond 'dringend eigen gebruik' per 1 augustus 2003 een uitdrukkelijke voorziening (art. 7:296 lid 1 sub b slotzin BW), die zowel bij opzegging tegen het einde van de eerste huurperiode kan worden aangewend als tegen het einde van de verlengingsperiode. In het oude huurrecht kon daarvoor de belangenafweging (en slechts in de als laatste vermelde situatie) worden gebruikt, hetgeen per 1 augustus 2003 niet meer primair nodig is. De belangenafweging komt in een dergelijke situatie eerst nog in subsidiaire zin aan de orde indien een beëindiging wegens dringend eigen gebruik na opzegging tegen het einde van de verlengingsperiode niet kan worden toegewezen en een belangenafweging plaatsvindt.

Nieuw: geen primaire functie meer voor vanwege dringend eigen ander gebruik
De belangenafweging is in het nieuwe huurrecht bedrijfsruimte van geen nut meer als de verhuurder de huurovereenkomst van een detailhandelsbedrijfsruimte wil opzeggen en beëindigen wegens dringend eigen gebruik van het object als overige bedrijfsruimte dan wel als woonruimte.[65] Immers, ook hier staat de ruimere formulering van

64 Ktr. Rotterdam 10 december 1975 (in appèl bevestigd in een niet-gepubliceerde uitspraak d.d. 4 mei 1977); HR 19 oktober 1979, *NJ* 1980, 125; HR 12 december 1980, *NJ* 1980, *NJ* 1981, 361; HR 9 oktober 1981, *NJ* 1982, 193; HR 19 april 1985, *NJ* 1985, 580; HR 1 november 1985, *NJ* 1986, 294; Ktr. Arnhem 8 februari 1984, *Prg*. 1984, 2114 en Rb. Den Bosch 12 september 1984, *NJ* 1986, 49.

65 Ktr. Alkmaar 16 augustus 1995, *WR* 1995, 102 en Ktr. Gouda 18 januari 1996, *WR* 1996, 67.

de opzeggingsgrond 'dringend eigen gebruik' (art. 7:296 lid 1 sub b, eerste zin BW) ter beschikking, welke mogelijkheid ook al bij opzegging tegen het einde van de eerste huurperiode kan worden aangewend.

8.7.2 Het afwegen van belangen op zichzelf beschouwd

Buiten de gevallen waarin de rechter gebonden is aan de vier verplichte toewijzingsgronden (op grond van art. 7:296 lid 4 BW), dienen bij opzegging tegen het einde van de verlengingsperiode altijd de belangen van de verhuurder en de huurder tegen elkaar te worden afgewogen. Ten opzichte van het oude huurrecht blijft in artikel 7:296 lid 3 BW de belangenafweging onverminderd als vangnet ten opzichte van de (andere) vier opzeggingsgronden functioneren. De rechter zal immers bij een afweging van de belangen over en weer (waarbij die van de bevoegdelijke onderhuurder worden meegewogen) de vordering tot beëindiging afwijzen als van de huurder niet kan worden gevergd dat deze het gehuurde ontruimt. In de praktijk komt dat erop neer dat bij de formulering van de opzegging van de verhuurder bijvoorbeeld wegens dringend eigen gebruik in de opzeggingsbrief alsook in de latere dagvaarding ter inleiding van de beëindigingsprocedure tevens dient te worden vermeld dat de belangen van de verhuurder die tot het gebruiken van de betreffende opzeggingsgrond(en) hebben geleid, tevens bij beëindiging zwaarder wegen dan het belang van de huurder en de (bevoegdelijke) onderhuurder bij verlenging. Het nieuwe artikel 7:296 lid 3 BW voorziet immers niet in elke specifieke situatie in een ambtshalve toepassing, zodat bij de verhuurder zeker in die gevallen behoedzaamheid op zijn plaats is. Het is ook op grond van de rechtspraak onder de vigeur van het oude huurrecht niet geheel duidelijk geworden of de rechter ambtshalve in de belangenafweging treedt indien een bepaalde beëindigingsvordering niet op een van de verplichte toewijzingsgronden wordt toegewezen,[66] zodat ook om die reden in een opzeggingsbrief te allen tijde een ('subsidiair') beroep op de belangenafweging moet worden gedaan.

In het nieuwe huurrecht blijft eveneens onveranderd de mogelijkheid van de verhuurder en de huurder alle mogelijke feiten en omstandigheden aan te voeren die naar hun smaak zodanig functioneel zijn dat de rechter op grond daarvan kan vaststellen wiens belangen prevaleren boven die van de ander. Onverminderd de nieuwe opzet van de belangenafweging in artikel 7:296 lid 3 BW kan de onder de vigeur van het oude huurrecht ontwikkelde rechtspraak een inspirerende bron vormen voor de verhuurder die per 1 augustus 2003 een beroep op de belangenafweging wil doen.

Deze onder het oude huurrecht ontwikkelde rechtspraak levert een kleurrijke verzameling uitspraken op. Vanuit de strekking van de wet zou men vermoeden dat vanwege de termijn- c.q. investeringsbescherming van de huurder die tegen het einde van de verlengingsperiode is uitgewerkt, diens belang in een dergelijke situatie per definitie

66 HR 7 mei 1993, *NJ* 1993, 402.

ondergeschikt is aan dat van de verhuurder.[67] De praktijk wijst evenwel anders uit. Bedrijfsmatige huurders hebben gedurende de loop van de huurperiode inmiddels nieuwe investeringen gerealiseerd teneinde hun ondernemingen aan te passen aan de eisen van de tijd, waardoor de balans tussen verhuurder en huurder tegen het einde van de tienjaarperiode minder scheef is dan men vanuit de strekking van de wet in beginsel zou kunnen aannemen. Met name vanwege het steeds sneller wisselende mode- en straatbeeld als gevolg van de steeds sneller op elkaar volgende trends – mede in verband met het toenemende belang van het concept 'imago' in de marketing – wordt regelmatig en in sommige branches vrijwel voortdurend geïnvesteerd, met name in de detailhandel en de horecabranche gericht op het jongere publiek. Tegenover dit hogere investeringstempo heeft de ondernemer een grotere mate van vrijheid bij het afschrijven van investeringen, waarbij men niet gebonden is aan de naar goed koopmansgebruik minimale afschrijvingstermijn van vijf jaar. Dergelijke omstandigheden, die de investeringsbescherming van vijf plus vijf jaar en de daaraan gekoppelde termijn- en opzeggingsbescherming in een geheel ander daglicht kunnen stellen, kunnen in het kader van een open en vrije belangenafweging volledig aan bod komen, evenals de belangen bekend uit de rechtspraak ontwikkeld onder de vigeur van het oude huurrecht, zoals opgebouwde goodwill, leeftijd en andere persoonlijke omstandigheden van de huurder en de verhuurder. Het is vervolgens aan de rechter om de wederzijdse economische belangen tegen elkaar af te wegen.

In dit verband is een aardig voorbeeld het belang van een voorgenomen instandhouding van het gehuurde door middel van een sluitende exploitatie, waartoe een andere huurder de bedrijfsruimte wilde overnemen.[68] Ook wordt de belangenafweging wel eens aangewend na een tevergeefs beroep op slechte bedrijfsvoering van de huurder.[69] Een ander voorbeeld is het aanwenden van de belangenafweging in het geval de verhuurder c.q. diens erfgenamen de onderverhuurde bedrijfsruimte (leeg) meende te kunnen verkopen.[70] Zeker nu in het nieuwe huurrecht de reikwijdte van de belangenafweging sterk is vergroot, functioneert deze in toenemende mate als een beëindigingsmogelijkheid die niet alleen de verhuurder en de huurder maar ook de rechter van de noodzakelijke vrijheid voorziet belangen te formuleren resp. af te wegen, buiten de andere vier opzeggingsmogelijkheden om.

8.8 De opzeggingsgrond 'redelijk aanbod nieuwe huurovereenkomst' nader beschouwd

De strekking van het nieuwe artikel 7:296 lid 4 sub c BW is ongewijzigd gebleven ten opzichte van de strekking van de opzeggingsrond in het oude huurrecht: een huurder

67 Rb. Utrecht 14 maart 2001, *WR* 2001, 65.
68 HR 26 februari 1993, *NJ* 1993, 581.
69 Ktr. Gouda 18 januari 1996, *WR* 1996, 67.
70 Rb. Den Bosch 26 april 1989, *Prg.* 1989, 3174; Ktr. Lelystad 28 december 1994, *WR* 1995, 78 en Ktr. Groningen 21 maart 1996, *WR* 1996, 77.

die opnieuw kan huren tegen redelijke voorwaarden ten opzichte van diens vorige huurovereenkomst, maar dat weigert, behoeft niet te worden beschermd. Bij de beoordeling van de toepassing van deze opzeggingsrond in een bepaalde situatie staat de vraag centraal of het geweigerde aanbod redelijk was. Was dat naar het oordeel van de rechter het geval, dan kan de huurder opnieuw de gelegenheid krijgen het aanbod te accepteren. Blijkt het aanbod niet redelijk te zijn geweest, dan rest de belangenafweging om alsnog beëindiging van de huurovereenkomst te realiseren.

Voorop staat dat het aanbod van een nieuwe huurovereenkomst niet *uitsluitend* een huurverhoging mag inhouden. Een verhuurder kan er belang bij hebben de zittende huurder een nieuwe huurovereenkomst aan te bieden, welk belang de verhuurder aannemelijk dient te maken.[71] Niet alleen kan daarmee bijvoorbeeld een mondelinge huurovereenkomst schriftelijk worden vastgelegd, geactualiseerd en uitgewerkt op niet-essentiële punten als bijvoorbeeld onderhoud en aansprakelijkheid, maar tevens kan een nieuwe huurperiode worden vastgelegd die de verhuurder voor een bepaalde periode van huurinkomsten verzekert. Daarnaast kan de bestemming en/of het winkeloppervlak van het gehuurde worden aangepast of kan de verhuurder met BTW willen gaan verhuren. Tevens kan een nieuwe huurovereenkomst worden afgestemd op gerealiseerde collectieve voorzieningen, bijvoorbeeld in het kader van een renovatie (waartoe het nieuwe huurrecht overigens tevens andere mogelijkheden biedt; zowel zonder als met huurbeëindiging, in resp. artikel 7:220 lid 2 en 3 BW en artikel 7:296 lid 1 sub b, slotzin BW).

Uit de rechtspraak blijkt enerzijds dat een beroep op deze opzeggingsgrond in beginsel geen kans van slagen heeft indien de verhuurder louter een hogere huurprijs voor ogen heeft, maar anderzijds dat een verzwaring van huurvoorwaarden in algemene voorwaarden niet aan een geslaagd beroep op de onderhavige opzeggingsgrond in de weg staat. Uit de rechtspraak blijkt dat een gewijzigde samenstelling van de onderscheidene elementen van een aanvangshuurprijs een redelijk aanbod oplevert, mits het totaalbedrag onveranderd blijft,[72] evenals een verhoogde huurprijs waartegenover dienovereenkomstige gewijzigde verplichtingen van de verhuurder staan, redelijk is gebleken.[73] Verder bleek het aanbieden van een nieuwe huurovereenkomst annex franchiseovereenkomst, waarbij de exploitatie van een stationsrestauratie op geheel andere wijze werd opgetuigd onder verhoging van de huurprijs met een franchise-fee, een redelijk aanbod te zijn.[74]

In het oude huurrecht was de voorziening opgenomen dat, indien de rechter een vordering wegens het weigeren van een redelijk aanbod van een nieuwe huurovereenkomst

71 Rb. Amsterdam 29 november 2000, *WR* 2001, 26.
72 HR 15 mei 1992, *NJ* 1992, 727.
73 HR 26 juni 1992, *NJ* 1992, 726.
74 HR 26 februari 1993, *NJ* 1993, 581

door de huurder toewijst, de huurder alsnog de gelegenheid *moest* worden gegeven het aanbod – alsnog – te aanvaarden. Deze 'terme de grâce' is onder dezelfde duur van een maand teruggekeerd in het nieuwe huurrecht in artikel 7:298 BW, waarbij evenwel strikt genomen geen sprake meer is van een verplichting tot het toekennen van een terme de grâce, maar slechts van een mogelijkheid. Omdat het, ondanks eerder rechtspraak op dit punt, in zijn algemeenheid[75] niet duidelijk is of de rechter ambtshalve een terme de grâce zal toepassen, is het, mede in verband met het wisselend beleid van rechters, raadzaam dat de huurder hierop een uitdrukkelijk beroep doet in de vorm van een subsidiair verweer.

8.9 De opzeggingsgrond 'verwezenlijking bestemmingsplan' nader beschouwd

Voorop staat dat het enkele bestaan van een bestemmingsplan onvoldoende reden is om een geslaagd beroep op deze opzeggingsgrond te doen. Daarvoor is vereist dat de ontwikkeling van de gemeente tot verwezenlijking van de bestemming op basis van een geldig bestemmingsplan *noopt*. Indien en voorzover het verweer van de huurder daartoe aanleiding geeft, onderzoekt de rechter of de gemeente in de omstandigheden van het geval bij afweging van de belangen in redelijkheid tot de slotsom heeft kunnen komen dat aan deze voorwaarde is voldaan.[76] De opzeggingsgrond staat niet alleen ten dienste van de gemeente, maar tevens van de civiele pandeigenaar, dat wil zeggen particulieren, vennootschappen, coöperaties en dergelijke.[77] Daarbij geldt als voorwaarde dat zij krachtens bijzondere titel de eigendom van het object hebben verworven.

Gelijk als in het oude huurrecht geldt deze opzeggingsmogelijkheid niet alleen voor detailhandelsbedrijfsruimte doch tevens voor de categorie 'overige bedrijfsruimte' in de zin van artikel 7:230A BW (artikel 7:310 lid 3 BW).

> De opzeggingsgrond wordt in de praktijk niet vaak gebruikt. Dit laatste heeft te maken met het feit dat het nauwelijks voorkomt dat een civiele eigenaar door de gemeente gedwongen wordt een voorgeschreven bestemming na te leven.[78]

Naast de onderhavige opzeggingsmogelijkheid biedt artikel 7:310 BW de mogelijkheid aan de verhuurder die door eigendomsovergang eigenaar van een object is geworden, de huurovereenkomst (zonder dat een opzeggingstermijn in acht behoeft te worden genomen) tussentijds te ontbinden teneinde een aan een geldend bestemmingsplan ten grondslag liggende bestemming te verwezenlijken (zie hierover nader paragraaf 9.5).

---

75 HR 3 november 1989, *NJ* 1990, 161.
76 HR 12 december 1986, *NJ* 1987, 357.
77 HR 3 januari 1997, *NJ* 1997, 208.
78 Ktr. Schiedam 8 juli 1986, *WR* 1986, 110 en Ktr. Emmen 28 juni 1995, *WR* 1995, 109.

8.10 De gevolgen van het afwijzen van de beëindigingsvordering

Indien de beëindigingsvordering van de verhuurder door de rechter wordt afgewezen, vloeit uit artikel 7:300 lid 4 BW voort dat de huurovereenkomst wordt voortgezet, hetgeen weinig verbazing wekt. Deze voortzetting kan op verschillende wijzen plaatsvinden.

Indien de datum waartegen was opgezegd gevolgd wordt door een in de huurovereenkomst vastgelegde bepaalde huurperiode, zal voortzetting van de huurovereenkomst voor die overeengekomen bepaalde huurperiode plaatsvinden. Ontbreekt een dergelijke opvolgende huurperiode in de huurovereenkomst, dan kan na afwijzing van een beëindigingsvordering de huurovereenkomst alleen voor een bepaalde tijd worden voortgezet indien was opgezegd tegen het einde van de eerste huurperiode, waarna de huurder de huurovereenkomst kan continueren met de deze van rechtswege toekomende verlengingsperiode (op basis van art. 7:292 lid 2 BW).

De huurovereenkomst wordt na afwijzing van de beëindigingsvordering alleen dan voor onbepaalde tijd voortgezet, indien was opgezegd tegen het einde van de verlengingsperiode en de huurovereenkomst niet voorziet in een (verdere) verlenging. Eerst nadat een jaar is verlopen sinds het afwijzend vonnis onherroepelijk is geworden, kan de verhuurder wederom tot opzegging overgaan, zo schrijft artikel 7:300 lid 4 BW voor. Hieraan voegt de slotzin van dit artikellid toe dat de rechter een langere termijn kan vaststellen. Indien de rechter de huurovereenkomst verlengt met een termijn van een jaar of minder behoeft dit een uitdrukkelijke motivering.[79] Het is in het kader van een beëindigingsprocedure voor de huurder raadzaam hiertoe een (subsidiaire) tegenvordering in te stellen, onder de voorwaarde dat de beëindigingsvordering van de verhuurder wordt afgewezen. Deze regeling is in overeenstemming met de regeling in het oude huurrecht (art. 7A:1631b lid 1 BW) dat de verhuurder, slechts indien de huurovereenkomst, onder afwijzing van de beëindigingsvordering, met meer dan een jaar verlengd werd, (na opzegging van de huurovereenkomst) wederom een beëindigingsvordering kon instellen. De toevoeging aan het voormalige artikel 7A:1636b lid 1 dat deze beëindigingsvordering door de verhuurder na opzegging niet eerder dan zes maanden voor het einde van de verlengingsperiode kon worden ingesteld, werd een onbillijke want onnodige wachttijd voor de verhuurder geacht en is in het nieuwe huurrecht dan ook geschrapt.

8.11 De gevolgen van het toewijzen van de beëindigingsvordering

Krachtens artikel 7:296 lid 5 BW stelt de rechter bij het vonnis waarbij de beëindigingsvordering (na opzegging) van de verhuurder wordt toegewezen, tevens de ontruimingsdatum vast. Artikel 7:306 lid 1 BW bepaalt in dit verband dat ook de

79 HR 18 december 1992, *NJ* 1993, 176.

eventuele onderhuurovereenkomst eindigt op het tijdstip dat de hoofdhuurovereenkomst eindigt door een rechterlijke uitspraak na opzegging door de hoofdverhuurder. Artikel 7:306 BW is in de wet opgenomen om de onderverhuurder te beschermen in het geval deze geconfronteerd wordt met een opzegging van de hoofdverhuurder, terwijl de onderverhuurder zelf niet op basis van een van de in de wet genoemde opzeggingsgronden kan opzeggen (met uitzondering van een beroep op de belangenafweging). Artikel 7:306 lid 1 BW heeft, in het verlengde hiervan, tot gevolg een vermindering van het aantal bodemprocedures van de onderverhuurder gericht tegen de onderhuurder. Artikel 7:306 lid 1 BW biedt evenwel geen voorziening waarbij tevens een ontruimingsdatum voor de onderhuurder wordt vastgesteld. In de praktijk zal de verhuurder derhalve speciaal daartoe een ontruimings-kort geding moeten starten, waardoor tegenover het door de wetgever beoogde verminderde aantal bodemprocedures dienovereenkomstig het aantal kort gedingen stijgt.

Artikel 7:306 lid 3 luidt als volgt:

> De hoofdhuurder tegen wie door de hoofdverhuurder een vordering wordt ingesteld, die mede de belangen van de onderverhuurder raakt, is bevoegd om deze in het geding te roepen.

Krachtens artikel 7:306 lid 3 BW heeft de onderhuurder een extra waarborg om in de beëindigingsprocedure tussen de hoofdverhuurder en de hoofdhuurder voor zijn belangen op te komen.

Het tijdstip waarop de huurovereenkomst wordt beëindigd, behoeft niet samen te vallen met het tijdstip van ontruiming. Doorgaans bepaalt de rechter de ontruimingsdatum op een dag gelegen ten minste drie maanden na de vonnisdatum, dit in verband met de appèltermijn van drie maanden, maar ook een langere termijn is in beginsel mogelijk. Het vaststellen van een beëindigingsdatum gelegen vóór de datum van het (eind)vonnis acht de Hoge Raad niet verenigbaar met het wettelijk systeem.[80] De rechter kan hiermee bovendien de huurder en de onderhuurder enig respijt geven teneinde een vervangend object te vinden. Op dit punt is het voor de huurder raadzaam in de beëindigingsprocedure hiertoe een (subsidiaire) tegenvordering in te stellen onder de voorwaarde dat de beëindigingsvordering wordt toegewezen, zodat dit belang van een latere ontruimingsdatum reeds tijdens de beëindigingsprocedure gemotiveerd onder de aandacht van de rechter kan worden gebracht.

Het bovenstaande betekent evenwel niet dat het vonnis van de rechter, waarbij de beëindigingsdatum en de ontruimingsdatum samenvallen, per definitie een voor ten uitvoerlegging vatbare titel is, die zowel tegen de huurder als de onderhuurder meteen na afloop van het vonnis kan worden aangewend. Zoals hierboven is vermeld is het

80 HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 387.

vonnis eerst nadat de appèltermijn van drie maanden is verstreken, onherroepelijk en op basis van artikel 7:295 lid 2 BW blijft de huurovereenkomst van rechtswege van kracht tot de rechter *onherroepelijk* heeft beslist op de beëindigingsvordering. Dit uitdrukkelijke voorschrift strekt ertoe ontruiming in een eerder stadium te vermijden indien de huurder nadien in hoger beroep en/of in cassatie alsnog in het gelijk wordt gesteld en de beëindigingsvordering in hoger beroep of cassatie uiteindelijk wordt afgewezen. Slechts indien de rechter het verweer van de huurder 'kennelijk ongegrond' voorkomt, kan deze het vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaren, zo wordt aan het voorgaande in artikel 7:295 lid 2 BW toegevoegd. Men dient hierbij te denken aan een huurder van wie de rechter op voorhand meent dat deze louter hoger beroep en cassatie instelt om ontruiming uit te stellen en die verder geen relevant inhoudelijk verweer in appèl en cassatie zal gaan voeren. Van dit laatste is evenwel zelden sprake, omdat het in hoger beroep en cassatie door de huurder te voeren verweer de rechter in de eerdere instantie per definitie niet duidelijk kan zijn. Ook al is het verweer van de huurder in de eerdere instantie kennelijk ongegrond; dit kan in de daarop volgende instantie ingrijpend veranderen door allerlei omstandigheden, die vooraf niet altijd duidelijk zijn; niet alleen voor de rechter, maar ook voor de huurder.
De feitelijke ontruiming vind plaats door een daartoe door de verhuurder ingeschakelde gerechtsdeurwaarder.

8.12 Tegemoetkoming verhuis- en herinrichtingskosten

De mogelijkheden om als huurder een vergoeding te verlangen zijn in het nieuwe huurrecht aanzienlijk uitgebreid. Op basis van artikel 7:297 lid 1 BW kan de rechter bij de toewijzing van de beëindigingsvordering (op welke grond dan ook) in hetzelfde vonnis een bedrag vaststellen dat de verhuurder aan de huurder of aan de bevoegdelijke onderhuurder moet betalen als tegemoetkoming in diens verhuis- en inrichtingskosten. Krachtens het bepaalde in artikel 7:297 lid 2 BW dient de rechter, alvorens een beslissing te nemen over de definitieve vaststelling van deze tegemoetkoming, zijn voornemen op dit specifieke punt ter kennis van partijen te brengen, waarbij de rechter tevens een termijn moet vaststellen waarbinnen de verhuurder de bevoegdheid heeft de beëindigingsvordering in te trekken. Ook in het oude huurrecht bestond deze regeling, zij het voor slechts enkele beëindigingsgronden.[81]

In het nieuwe huurrecht geldt de op dit punt vernieuwde regeling in het kader van *elke* beëindiging na opzegging, onafhankelijk van de opzeggingsgrond die wordt gehanteerd. De strekking van de regeling blijft dat de verhuurder enige tijd moet worden gegund teneinde zich te beraden of deze, gezien de in het vooruitzicht gestelde verhuis- en herinrichtingskosten te zijnen laste, de beëindiging van de huurovereenkomst nog wel wil. Het kan hierbij namelijk om hoge bedragen gaan, ook al spreekt de wet slechts van een *tegemoetkoming* in deze kosten. Ook uit de rechtspraak blijkt dat deze term het

81 Ktr. Almelo 14 november 1997, *Prg*. 1997, 4769 en Ktr. Alkmaar 16 augustus 1995, *WR* 1995, 102.

de rechter mogelijk maakt rekening te houden met enkele matigende factoren, bijvoorbeeld de reeds verrichte afschrijvingen op de investeringen van de huurder en de oude inrichting van het bedrijfsobject.[82] Het voornemen van de rechter wordt doorgaans in een (laatste) tussenvonnis ter kennis gebracht van partijen. Laat de verhuurder weten ondanks de in het vooruitzicht gestelde verhuis- en herinrichtingskosten onverkort prijs te stellen op een eindvonnis waarin de beëindiging van de huurovereenkomst wordt toegewezen en de ontruimingsdatum vastgesteld, dan volgt dit eindvonnis korte tijd later, waarin naast de beëindiging en de ontruiming tevens de verhuis- en herinrichtingskostenvergoeding definitief worden vastgelegd. In het andere geval blijft het eindvonnis waarbij de beëindiging van de huurovereenkomst wordt uitgesproken en de ontruimingsdatum wordt vastgesteld uit, omdat de vordering als ingetrokken wordt beschouwd, en resteert slechts een eindvonnis waarbij doorgaans de verhuurder in de proceskosten wordt veroordeeld.

8.13 Vergoeding van voordeel genoten na beëindiging

Krachtens artikel 7:308 BW kan de gewezen huurder schadevergoeding vorderen indien de verhuurder voordeel geniet na de door beëindiging na opzegging tot een einde geraakte huurovereenkomst, omdat in het object een gelijksoortig bedrijf wordt uitgeoefend. Dit recht komt de bevoegdelijke onderhuurder eveneens toe. Vanuit wetssystematisch oogpunt staat niets eraan in de weg dat de voorziening van artikel 7:308 BW naast die van artikel 7:309 BW (schadevergoeding na beëindiging door opzegging wegens werken in het algemeen belang, zie hierover nader paragraaf 8.15) en artikel 7:310 BW (schadevergoeding na ontbinding wegens de verwezenlijking van een bestemmingsplan; zie hierover nader paragraaf 9.5) kan worden ingesteld. In het oude huurrecht bestond een dergelijke voorziening in artikel 7A:1635A BW. Het toenmalige artikel 7A:1635a lid 4 bepaalde dat bedingen waarin ten nadele van de huurder werd afgeweken, nietig waren. Deze bepaling ontbreekt in het nieuwe artikel 7:308 BW, doch in het nieuwe huurrecht biedt artikel 7:291 BW de bepaling dat (ook) artikel 7:308 BW van semi-dwingendrechtelijke aard is. Afwijking van artikel 7:308 BW is eerst mogelijk na goedkeuring van het betreffende afwijkende beding door de rechter op de voet van artikel 7:291 lid 2 BW.

Men dient bij de voorziening van artikel 7:308 BW te denken aan de omstandigheid dat de verhuurder op enigerlei wijze profiteert van de door de gewezen huurder of bevoegdelijke onderhuurder opgebouwde goodwill, waarbij de aard of de ligging van het gehuurde op de letter van artikel 7:308 lid 2 BW geen rol speelt (welk vereiste door de Hoge Raad overigens strikt wordt opgevat[83]) en de winstcapaciteit volgens vaste rechtspraak evenmin.[84] De inhoudelijke maatstaf van artikel 7:308 BW is de 'billijkheid' van

82 HR 4 november 1983, *NJ* 1984, 271 en Rb. Utrecht 9 juli 2003, *WR* 2003, 66.
83 HR 11 oktober 1985, *NJ* 1986, 105.
84 HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 349.

de vergoeding en is puur gericht op de latere vruchten van de eerdere ondernemersactiviteit van de gewezen huurder, omdat bijvoorbeeld door de verhuurder als opvolgend exploitant dezelfde handelsnaam wordt gebruikt, geringe aanloopkosten behoeven te worden gemaakt en omdat een klantenkring reeds bestaat.[85] Het genoten en voor vergoeding vatbare voordeel behoeft niet hetzelfde te zijn als de door de eerdere huurder/exploitant opgebouwde goodwill. Immers, goodwill is strikt persoonsgebonden en niet overdraagbaar, en ook zonder dat sprake is van goodwill kan voordeel worden genoten.

Artikel 7:308 lid 3 BW bevat ten eerste een restrictie in tijd: indien tussen het moment van beëindiging van de huurovereenkomst en het aanvangen van de 'nieuwe' bedrijfsvoering een jaar is verstreken, kan geen vergoeding van genoten voordeel op basis van artikel 7:308 BW worden toegekend. Artikel 7:308 lid 3 BW bevat voorts een restrictie in de opvolgende exploitant: slechts door de verhuurder genoten voordeel kan in beginsel voor vergoeding in aanmerking komen; niet het door de opvolgende huurder genoten voordeel voorzover dat niet tot uitdrukking komt in een hogere huurprijs, zodat per saldo de verhuurder (extra) profijt geniet. Een op artikel 7:308 BW gebaseerde aanspraak van de gewezen huurder of bevoegdelijke onderhuurder dient per separate vordering te worden aanhangig gemaakt en kan dus niet als tegenvordering in het kader van een beëindigingsprocedure worden ingesteld. Immers, eerst na de beëindiging en ingebruikneming c.q. de aanvang van de exploitatie door een derde kan feitelijk worden bepaald of voordeel genoten wordt dat voor compensatie krachtens artikel 7:308 BW in aanmerking komt.[86] In de praktijk is het nog maar de vraag of de gewezen huurder met succes aanspraak kan maken op artikel 7:308 BW. De feitelijke bewijslast is niet gering en de cijfermatige weergave van het voordeel complex. Ten slotte heeft de rechter de mogelijkheid de vergoeding naar billijkheid vast te stellen; van schadevergoeding en de daarbij behorende berekeningsregels is immers geen sprake.

8.14 Wil tot eigen gebruik blijkt niet aanwezig te zijn geweest

De verhuurder is krachtens het bepaalde in artikel 7:299 lid 1 en lid 2 BW schadeplichtig jegens de huurder (en de eventuele bevoegdelijke onderhuurder) indien, binnen een jaar nadat de huurovereenkomst wegens dringend eigen gebruik is beëindigd en de ontruiming heeft plaatsgevonden, is gebleken dat de wil tot het persoonlijk in duurzaam gebruik nemen niet aanwezig is geweest. Hetzelfde geldt blijkens artikel 7:299 lid 1 BW indien de huurder en/of de bevoegdelijke onderhuurder met de beëindiging heeft/hebben ingestemd. Op grond van artikel 7:299 lid 4 BW geldt voor het instellen van een dergelijke vordering een verjaringstermijn van vijf jaar, die begint te lopen vanaf de datum waartegen de huurovereenkomst (op basis van een

85 HR 10 april 1987, *NJ* 1988, 19.

86 HR 10 maart 1989, *NJ* 1989, 490; Ktr. Arnhem 4 december 1995, *WR* 1996, 58 en HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 457.

onherroepelijk vonnis dan wel op basis van de bewilliging door de huurder in de opzegging door de verhuurder) is beëindigd.[87] In de praktijk wordt geacht van dit laatste sprake te zijn indien door de verhuurder c.q. degene ten behoeve van wie de beëindigingsprocedure (binnen de kring van personen als opgesomd in artikel 7:296 lid 2 BW) is gevoerd, niet binnen een jaar na het einde van de huurovereenkomst het object daadwerkelijk in gebruik is genomen. Aldus is sprake van een wettelijk vermoeden van het ontbreken van de wil tot het daadwerkelijk persoonlijk duurzaam in gebruik nemen indien het betreffende pand binnen een jaar na het beëindigingsvonnis niet als zodanig in gebruik is genomen.

Dit wettelijke vermoeden betekent een omkering van de bewijslast in het voordeel van de huurder en de bevoegdelijke onderhuurder, omdat het op grond daarvan in een dergelijke kwestie aan de verhuurder is om aan te tonen dat wel degelijk sprake is geweest van een wil tot persoonlijk en duurzaam in gebruik nemen van het object. Daarmee kan de verhuurder het wettelijke vermoeden ontzenuwen. Het is bovendien zeer wel mogelijk dat de verhuurder aan een schadevergoedingsverplichting jegens de gewezen huurder en de bevoegdelijke onderhuurder ontkomt door aan te tonen dat deze als toenmalig verhuurder ten tijde van de opzegging de wil wel degelijk heeft gehad, maar dat deze door omstandigheden sedertdien is gewijzigd of in het geheel niet meer bestaat en aldus niet meer kon worden gerealiseerd.[88] Aldus zal de rechter met name op grond van door de verhuurder aangedragen feiten en omstandigheden moeten vaststellen of ten tijde van de opzegging op voorhand reeds sprake was van een niet-realiseerbaar voornemen. Het is aannemelijk dat de rechter daarbij aanhaakt bij diens soortgelijke beoordeling van de indertijd door de verhuurder ingestelde beëindigingsvordering en beziet in hoeverre de eerdere door de verhuurder aangedragen stellingen afwijken van de latere door deze te berde gebrachte argumenten.[89] Dit laatste is niet mogelijk wanneer de huurder en/of de bevoegdelijke onderhuurder eerder bewilligde(n) in de opzegging van de huurovereenkomst.

In het huurrecht van woonruimte geldt eenzelfde regeling en de (schaarse) rechtspraak wordt over en weer naar analogie toegepast.[90] Uit de rechtspraak blijkt dat niet van belang is of de wil niet aanwezig is geweest vanwege een bij opzegging reeds ontwikkeld voorwendsel. Het gaat slechts in objectieve zin om de vraag of de wil in werkelijkheid niet aanwezig is geweest.[91]

Niet alleen de aansprakelijkheid van de verhuurder zal door de huurder en de eventuele bevoegdelijke onderhuurder moeten worden aangetoond. Dat zal door hen ook

87 Zie over verjaring in het algemeen: C. J. H. Brunner en G. T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, 2004, p. 259 e.v.
88 Ktr. Utrecht, 5 september 2001, *WR* 2002, 73.
89 HR 21 december 1979, *NJ* 1980, 103.
90 Ktr. Amsterdam 10 maart 1993, *KG* 1993, 139.
91 HR 8 juni 1979, *NJ* 1979, 494.

voor de omvang van de schade moeten gebeuren. In beginsel zal de aan te tonen schade niet alleen verhuizings- en herinrichtingskosten kunnen bevatten (voorzover hiertoe niet op de voet van artikel 7:297 BW een vergoeding door de rechter is toegekend in het kader van een eerdere beëindigingsprocedure), maar tevens omzet- c.q. winstderving en niet-afgeschreven investeringen. Krachtens het bepaalde in artikel 7:299 lid 3 BW (als speciale regeling ten opzichte van het algemene artikel 6:97 BW) kan de rechter daartoe (eventueel ambtshalve) een bedrag bepalen, waarna de gewezen huurder en/of onderhuurder verder kan/kunnen procederen teneinde verdere schadevergoeding te verkrijgen. Bij de vaststelling van de hoogte van de schade speelt het algemene verbintenissenrecht een belangrijke aanvullende rol. Leerstukken als causaliteit (art. 6:98 BW en art. 6:99 BW), voordeelstoerekening (art. 6:100 BW), eigen schuld en de verplichting schadebeperkende maatregelen te nemen (art. 6:101 BW), alsook de matigingsbevoegdheid van de rechter (art. 6:109 BW) zullen door de verhuurder aangegrepen kunnen worden, indien aansprakelijkheid komt vast te staan, om de schade beperkt te houden.[92]

Een aardig voorbeeld is de kwestie van een horecaobject in de Frieslandhallen, waarvan de Gemeente Leeuwarden na een voor haar succesvol verlopen beëindigingsprocedure wegens dringend eigen gebruik de ontruiming had weten te realiseren, doch vervolgens niet daadwerkelijk zelf in gebruik nam. De Frieslandhallen brandden door brandstichting bijna drie jaar later geheel af, welke situatie (naar oud huurrecht: van rechtswege) een einde zou hebben gemaakt aan de huurovereenkomst (zie hierover nader: paragraaf 5.4.5). Voorop in deze zaak stond de lastige kwestie rond de meervoudige (dubbele) causaliteit met bovendien een hypothetisch karakter: de door de huurder geleden schade (gederfde inkomsten) was veroorzaakt door de ontruiming maar zou volgens de Gemeente bijna drie jaar later zijn veroorzaakt door de brand. De Hoge Raad oordeelde dat de brand niet afdoet aan de reeds eerder gevestigde schadevergoedingsplicht van de Gemeente jegens de gewezen huurder, met name omdat de brand (aangestoken door kinderen) niet voor risico van de huurder kwam. Immers, over het object had de huurder ten tijde van de brand geen zeggenschap en het alsdan hypothetische einde van de huur valt hem dus ook niet toe te rekenen.[93]

8.15 Schadevergoeding na beëindiging wegens 'werken in het algemeen belang'

Artikel 7:309 BW vormt, gelijk als de hierna in paragraaf 9.5 te behandelen (tussentijdse) ontbindingsmogelijkheid van artikel 7:310 BW wegens de verwezenlijking van een bestemmingsplan, een aanvulling op artikel 42 lid 1 van de Onteigeningswet. Dit laatste artikel bevat de mogelijkheid voor huurder en bevoegdelijke onderhuurder om aanspraak te maken op schadeloosstelling bij huurbeëindiging na vervreemding van de

92 Zie voor een algemene beschouwing over deze leerstukken: Asser 4-I (Verbintenissenrecht), 2004, p. 321 e.v.

93 HR 7 december 2001, *NJ* 2002, 576.

bedrijfsruimte. Een huuropzegging die in het kader van artikel 7:309 BW past, kan met name zijn geschied na opzegging wegens de verwezenlijking van een bestemmingsplan dan wel op basis van de belangenafweging, een en ander met het oog op de uitvoering van werken in het algemeen belang. Derhalve is eerst na een duur van tien jaar opzegging en beëindiging mogelijk; in een eerder stadium zijn deze opzeggingsgronden niet van toepassing. De schadevergoedingsplicht op basis van artikel 7:309 BW past eerst (via een omweg) in het kader van een opzegging en beëindiging wegens dringend eigen gebruik: namelijk indien op de voet van artikel 7:309 lid 3 BW binnen zes jaar na de opzegging wegens dringend eigen gebruik een aanvang wordt gemaakt met de afbraak van het object. Een dergelijke situatie heeft uiteraard nimmer ten grondslag kunnen liggen aan een beëindiging om deze reden. Op grond van het in artikel 7:309 lid 3 BW vastgelegde wettelijke vermoeden wordt in een dergelijk geval de beëindiging wegens dringend eigen gebruik vermoed te zijn gedaan in verband met de uitvoering van werken in het algemeen belang. Indien tegenbewijs ten opzichte van dit wettelijke vermoeden niet door de verhuurder wordt geleverd, kan de gewezen huurder niet alleen aanspraak maken op schadevergoeding krachtens artikel 7:309 BW, maar tevens op schadevergoeding krachtens artikel 7:299 BW, dit vanwege het feit dat de wil tot het in eigen gebruik nemen niet aanwezig blijkt te zijn geweest.

Artikel 7:309 BW is geen extra opzeggingsgrond ten opzichte van de reguliere opzeggingsgronden en de belangenafweging. De strekking van artikel 7:309 BW is blijkens de Parlementaire Geschiedenis gelijkluidend aan het oude artikel 7A:1636a BW: om voor die gevallen waarin bij het mislukken van de minnelijke aankoop onteigening zou zijn gevolgd, te voorzien in een schadevergoeding voor de huurder van het bedrijfspand. Na onteigening worden panden bijna altijd afgebroken teneinde plaats te maken voor een nieuwe en andere bebouwing, voor een nieuw stratenplan, voor een verkeersdoorbraak et cetera. Om die reden is in de wet gekozen voor het criterium dat het gebouw zal worden afgebroken met het oog op werken in het algemeen belang. De wetgever gaat daarbij uit van zowel het geval waarin de huurovereenkomst door een overheidslichaam als door een particulier is beëindigd.[94]
Artikel 7:309 BW is gelijkluidend aan het soortgelijke artikel in het oude huurrecht (artikel 7A:1636a BW) en is slechts van toepassing voor de eigenaar die krachtens bijzondere titel de nieuwe eigenaar is geworden van het pand. Daarbij dient deze eigenaar bovendien als direct gevolg van de eigendomsoverdracht verhuurder te zijn geworden Indien eerst na een periode van bijvoorbeeld twee jaar na de eigendomsovergang de huurovereenkomst is ingegaan, is daarvan geen sprake en is het artikel dus niet van toepassing.[95] Artikel 7:309 BW is niet alleen op detailhandelsbedrijfsruimte van toepassing, maar tevens op de overige bedrijfsruimte als bedoeld in artikel 7:230A BW (zie paragraaf 6.3.4). Daarmee heeft het artikel een grote reikwijdte.[96] Daarbij zij

94 Kamerstukken 1966/1967 (MvT van de Wet van 28 januari 1971, Stb. 44), p. 10 e.v.
95 Rb. Den Haag 13 november 2002, *Prg*. 2003, 6012.
96 HR 30 november 1994, *NJ* 1995, 610.

aangetekend dat strikt genomen slechts schade met betrekking tot het uitgeoefende bedrijf kan worden vergoed, doch dat de Hoge Raad, onder verwijzing naar artikel 42 lid 2 van de Onteigeningswet, aanmerkelijk soepeler is en onder omstandigheden ook de bijbehorende woning en niet de tot het bedrijf behorende ruimten van het object medebepalend voor de hoogte van de schadevergoeding kunnen zijn.[97] De grote reikwijdte van artikel 7:309 BW blijkt tevens uit lid 2 van het artikel op grond waarvan ook aanspraak op schadevergoeding kan worden gemaakt indien de huurovereenkomst reeds voorafgaand aan de eigendomsoverdracht was beëindigd.

Indien de verhuurder van de opzeggingsgrond van artikel 7:309 BW gebruikmaakt, is deze jegens de huurder en de bevoegdelijke onderhuurder aan wie reeds voorafgaand aan de eigendomsoverdracht werd verhuurd, een schadeloosstelling verschuldigd 'wegens het verlies van de kans dat de huurverhouding zonder deze eigendomsovergang zou hebben voortgeduurd' (art. 7:309 lid 1, slotzin BW). Voor de wijze van vaststelling van de hoogte van de schade wordt aangesloten bij artikel 42 van de Onteigeningswet,[98] waarbij als feitelijke maatstaf geldt de verwachting van het voortgezette gebruik in het fictieve geval dat de huurovereenkomst niet door opzegging zou zijn beëindigd. Op basis van deze maatstaf hebben de huurder en de bevoegdelijke onderhuurder recht op vergoeding van de door hen geleden persoonlijke schade, onverminderd een eventueel gering inkomen die deze in of vanwege het object genieten. Indien boekhoudkundige gegevens ontbreken teneinde een schadehoogte zuiver te kunnen vaststellen, is het volgens de Hoge Raad te billijken dat de rechter een inschatting maakt.[99] Voor de hoogte van de schadevergoeding kan het gebruik (al of niet in strijd met de bestemming, geheel of gedeeltelijk voor bedrijfsdoeleinden) van belang zijn.[100] Doorgaans wordt voor de hoogte van de schade een deskundigenbericht gelast.[101]

8.16 Rechtsvergelijking

8.16.1 Rechtsvergelijking België

De Belgische 'terugneming' (opzegging)
Het complement van het in paragraaf 7.6 kort aangeduide recht van de huurder op het aanvragen van hernieuwing is het recht van de verhuurder dit op grond van art. 16 van de Handelshuurwet te weigeren.[102] In art. 16 worden zes limitatief opgesomde weigeringsgronden vermeld: 1) dringend eigen gebruik, 2) het object krijgt een niet-kleinhandels- of ambachtbedrijfsbestemming, 3) ingrijpende renovatie, waartegenover de huurder een bedrag ontvangt ter grootte van een jaar huurpenningen, 4) onbehoorlijke

97 HR 30 november 1994, *NJ* 1995, 668.
98 Ktr. Amsterdam 9 mei 1995, *WR* 1995, 77/*Prg.* 1995, 4359.
99 HR 6 april 1994, *NJ* 1995, 728 en HR 9 november 1994, *NJ* 1996, 175.
100 Rb. Utrecht 19 september 2001, *WR* 2002, 33.
101 Rb. Dordrecht 23 mei 2001, *WR* 2001, 85.
102 Hof van Cassatie 5 april 1979, *Pas.* 1979. O. 933, *Arr. Cass.*, 1978/79, 934.

bedrijfsvoering, 5) een derde gegadigde huurder biedt een hogere huurprijs, 6) de huurder heeft een vervangende bedrijfsruimte in de directe omgeving beschikbaar. Indien de verhuurder zich met vrucht op één van deze weigeringsgrond beroept is sprake van een gerechtvaardige weigering. Naar aanleiding van de in paragraaf 8.16 behandelde aspecten van flexibiliteit die punt van nader onderzoek zijn, wordt onderstaand daarop vanuit het oogpunt van de Belgische handelshuur nader ingegaan.

Algemene beëindigingssystematiek
Voor wat betreft huurbeëindiging in algemene zin wordt onderscheid gemaakt tussen (1) handelshuurovereenkomsten van onbepaalde duur (2) en van bepaalde duur. Een handelshuurovereenkomst van onbepaalde duur doet zich alleen voor indien de huurhernieuwingsrechten zijn geëxpireerd doch de verhuurder ermee instemt dat de huurder in het verhuurde blijft (overeenkomstig de Nederlandse figuur van wederinhuur).[103]

– *Ad 1. De huurovereenkomst voor bepaalde duur*
Art. 3 van de Handelshuurwet bepaalt – dwingendrechtelijk – dat de minimumduur van een handelshuurovereenkomst negen jaar is.[104] Vervolgens wordt bij opzegging van de huurovereenkomst van bepaalde duur een onderscheid gemaakt tussen opzegging tegen het einde van elke driejarige periode, dan wel tegen het einde van de laatste driejarige periode.[105] Zo kan de huurder tegen het einde van elke driejarige periode opzeggen (per aangetekende brief of bij deurwaardersexploot) met inachtneming van een opzegtermijn van zes maanden (art 3 lid 30).[106] Indien de huurder wil beëindigen na ommekomst van de laatste driejarige periode behoeft deze echter niet op te zeggen. Indien geen hernieuwing is verzocht dan wel indien deze is geweigerd, is de huur vanaf de contractuele einddatum van rechtswege beëindigd.[107] Een andere beëindigingsmogelijkheid bestaat uit het 'onderling akkoord'. Dit is (krachtens art. 3 lid 4 Handelshuurwet) alleen rechtsgeldig indien dit bij authentieke akte is vastgelegd, dan wel indien er een verklaring is afgelegd bij de Vrederechter.[108] Schending van dit vormvoorschrift levert overigens slechts relatieve nietigheid op.[109] Het Hof van Cassatie houdt strikt vast aan dit vormvereiste en is van mening dat de rechter niet wettig kan beslissen dat een handelshuurovereenkomst beëindigd is op grond van de wederzijdse toestemming van de partijen, indien deze niet op één van de wettelijk voorgeschreven twee wijzen is vastgelegd[110].

---

103 Pauwels, nr. C-IX-2-10.
104 Zie M. Dambre e.a. (red.), *Burgerlijk Wetboek*, Die Keure: Brugge, 2001, artikel 3 BW, p. 593; Pauwels, *Handelshuur (losbl.)*, Huis Ferdinand Larcier N.V.: Brussel, nr. 75.
105 Dambre e.a., nrs. 84, 88, 92.
106 Dambre e.a., p. 593; Pauwels (losbl.), nr. C-IX-2-7; Pauwels, *Handelshuur*, nr. 84; Rb. Luik, 21 september 1988, *J.L.M.B*. 1991, 450.
107 Pauwels, nr. C-IX-2-9.
108 Pauwels, nr. C-IX-2-9; Dambre p. 594; Pauwels, *Handelshuur*, nr. 88.
109 Pauwels, nr. C-IX-2-9.

De verhuurder kan aan het einde van elke driejarige periode de huurovereenkomst opzeggen, waarbij deze aan de onderstaande voorwaarden moet voldoen:

a. Er moet sprake zijn van een schriftelijke huurovereenkomst, waarin de opzegmogelijkheid expliciet wordt vermeld onder herhaling van de wettelijke vereisten van artikel 3 vijfde lid BW,[111]
b. De opzegging moet aan de huurder bekend zijn, één jaar voor het verstrijken van de driejarige periode – op straffe van nietigheid,
c. De opzegging dient te geschieden bij deurwaardersexploot of per aangetekende brief,
d. De opzeggingsbrief moet duidelijk de reden van opzegging vermelden en de reden kan alleen gelegen zijn in één van de redenen die limitatief zijn opgesomd in artikel 3 lid 5 -dat wil zeggen: het verhuurde goed wordt in eigen gebruik genomen door de verhuurder of zijn 'afstammelingen, zijn aangenomen kinderen of zijn bloedverwanten in de opgaande lijn, door zijn echtgenoot, door diens afstammelingen, bloedverwanten in de opgaande lijn of aangenomen kinderen of door een personenvennootschap waarvan de werkende vennoten of de vennoten die ten minste 75% van het kapitaal bezitten, in dezelfde betrekking van bloedverwantschap, aanverwantschap of aanneming staan tot de verhuurder of tot zijn echtgenoot'.[112]

Aan het bovenstaande dient nog te worden toegevoegd dat de verhuurder, nadat hij het object in eigen gebruik heeft genomen via artikel 3 vijfde lid BW, daarin geen kleinhandel behoeft uit te oefenen. Hij mag daarin ook een groothandel beginnen.[113]

Indien de huurder heeft nagelaten tegen het einde van de laatste driejarige periode hernieuwing aan te vragen, is geen opzegging door de verhuurder vereist. De huur is beëindigd en het object dient te worden ontruimd. Dit geldt ook bij een wel verzochte doch geweigerde hernieuwing. In dat geval dient de verhuurder dan wel een uitzettingsvergoeding te betalen aan de huurder.[114] In beide gevallen hoeft de verhuurder de opzegging niet aan de huurder te betekenen.[115]

– *Ad 2. De huurovereenkomst voor onbepaalde duur*

Zoals hierboven reeds is aangeduid kan een huurovereenkomst slechts van onbepaalde duur zijn indien de huurder geen recht meer heeft op huurhernieuwing maar de

110 Cass., 14 september 1990, Arr. Cass., 1990-91, 48, Pas, 1991.
111 Uit het arrest Cass. 5 december 1991, Arr. Cass., 1991-92, 314, Pas, 1992 blijkt dat het niet voldoende is dat de door de verhuurder gedane opzegging voldoet aan de in artikel 3 lid 5 Handelshuurwet gestelde eisen. Op dezelfde voet: Cass. 11 december 1992, *T. Vred*., 1993, 121, m. nt. Dambre; Vred. Antwerpen 24 maart 1992, *T. Not*., 1993, 308.
112 Dambre p. 593; Pauwels, *Handelshuur*, nr. 92-95; Pauwels, nr. C-IX-2-2/3.
113 Pauwels, nr. C-IX-2-2/3.
114 D. Janssen, *Les indemnités d'éviction en bail commercial*, Bruxelles: Kluwer, 2000, p. 43 e.v.
115 Pauwels, nr. C-IX-2-7.

verhuurder ermee instemt dat de huurder in het object blijft. In dat geval kan de huurder opzeggen met inachtneming van een termijn van slechts één maand (art. 1736 BW) waarbij de opzegging dient te geschieden per aangetekende brief of bij deurwaardersexploot.[116] Indien huurcontractspartijen op basis van een onderling akkoord de huur willen beëindigen dient dit vastgelegd te zijn bij een door beide partijen ondertekend en gedateerd document.
De verhuurder kan slechts opzeggen met inachtneming van een minimumtermijn van maar liefst 18 maanden. Deze opzegging kan slechts geschieden indien de huurder geen verzoek tot huurhernieuwing heeft gedaan. De huurder zal na ommekomst daarvan het object moeten verlaten (overigens zonder recht te hebben op een uitzettingsvergoeding).[117]

Huurbeëindiging van de Belgische evenknie van de categorie 'overige bedrijfsruimte'
Deze categorie wordt beheerst door het commune huurrecht.[118] De algemene bepalingen aangaande huuropzegging zijn (uiteraard) minder strikt dan de overeenkomstige bepalingen bij handelshuur. Ook daarin wordt een onderscheid gemaakt tussen huurovereenkomsten van onbepaalde duur en van bepaalde duur. Huurovereenkomsten aangegaan voor een onbepaalde duur kunnen krachtens art. 1736 BW worden opgezegd met inachtneming van een termijn van slechts é maand, welk voorschrift het enige vereiste is.[119] De opzegging van huurovereenkomsten van bepaalde duur wordt beheerst door art. 1737 BW waarin is vastgelegd dat deze na ommekomst van de overeengekomen periode van rechtswege eindigen. Opzegging is niet vereist.[120] Daarbij moet wel worden aangetekend dat de huurder na het verstrijken van de bepaalde duur in het object kan blijven zitten. De verhuurder doet er dan goed aan t h op te zeggen teneinde te vermijden dat krachtens art. 1738 BW van wederinhuring tegen dezelfde voorwaarden en duur wordt uitgegaan.[121]

Renovatie
Deze weigeringsgrond, zoals wettelijk verankerd in art. 16, 3°, betreft geen onderhouds- en reparatiewerkzaamheden van een betrekkelijk licht karakter doch heeft betrekking op een zgn. 'hoog renovatie', dat wil zeggen inclusief het casco van het pand. In Belgische termen: 'het goed afbreken en weder opbouwen'.[122] In de wettekst is daartoe een minimumgrens opgenomen: de renovatiekosten dienen minimaal een bedrag gelijk aan drie jaren huurpenningen te belopen. De jurisprudentie kleurt dit nader in. Zo dient het erom te gaan dat een object weer 'in soortgelijke vorm wordt herbouwd'[123] en wel door de verhuurder zélf c.q. door een derde in diens opdracht.[124]

---

116 Pauwels, nr. C-IX-2-12.
117 Pauwels, nr. C-IX-2-11.
118 Zie *Handelshuur*, http://www.aba.ewbl.vlaanderen.be (geraadpleegd op 11 december 2004).
119 Dambre, p. 569.
120 Dambre, p. 570.
121 Dambre, p. 569; A. van Oevelen, *R.W.* 1996-1997, nr. 33, p. 1105-1132.
122 Pauwels, nr. C-VIII-8-10.

De uitzettingsvergoeding die de huurder toekomt komt blijkens vaste jurisprudentie te vervallen indien de renovatie van het pand noodzakelijk is als gevolg van ouderdom, overmacht of een gemeentelijke aanschrijving.[125] Materieel beschouwd kan 'hoog renovatie' in België derhalve reeds na drie jaar tot huurbeëindiging leiden, in Nederland na vijf jaar. Daarnaast is in Nederland van een financiële vergoeding zoals deze in België wettelijk verankerd is, geen sprake. Bovendien lijkt de optisch lage ondergrens (het kostenminimum) tot een ruimer bereik van de weigeringsgrond. Aldus dringt de conclusie zich op dat renovatie als materiële huurbeëindigingsgrond in België een ruimer toepassingsbereik heeft dan in Nederland. Dit wordt bevestigd indien de Belgische weigeringsgrond bovendien wordt afgezet tegen de in de algemene bepalingen verankerde verplichting van de verhuurder onderhoud en herstellingen te verrichten (art. 1719, 2°) en de plicht de huurder te vrijwaren voor de afwezigheid van gebreken,[126] welke twee verplichtingen grosso modo gelijkluidend aan die zoals wij in Nederland die in het oude huurrecht kenden (artt. 7A:1586 sub 2 j° 1587 lid 2 en 1588 BW) en mitsdien een geringer toepassingbereik hebben dan de nieuwe gebrekenregeling (zie paragraaf 5.3).

Belangenafweging
België kent geen (verruimde) belangafweging zoals in Nederland in art. 7:296 BW lid 3 is vastgelegd. Dit zou op een minder ruimhartig opzeggingsregime kunnen duiden. Niettemin bestaan in België maar liefst zes opzeggingsgronden die bovendien reeds na drie jaar (en vervolgens telkens na drie jaar) onbeperkt kunnen worden toegepast. Daarbij komt nog dat het initiatief (tot huurhernieuwing) bij de huurder ligt en de verhuurder derhalve rustig kan afwachten. Voorts kan de verhuurder zijn overwegingen om te beëindigen of te hernieuwen laten afhangen van het hernieuwingsvoorstel van de huurder. Om meerdere redenen heeft België derhalve een voor de verhuurder ruimhartiger huurbeëindigingsregime dan Nederland.

Conclusie (1): algemene indruk
Opvallend is dat de bescherming van de huurder van niet-handelshuurruimte zeer zwak is en zelfs nog geringer dan de ontruimingsbescherming van de huurder van art. 7:230A-bedrijfsruimte. Wat de handelshuurder betreft kan niet duidelijk worden gesteld dat deze in meer of mindere mate opzeggingsbescherming heeft dan de Nederlandse huurder van detailhandelsbedrijfsruimte. Wel is, vanwege de dwingendrechtelijk voorgeschreven minimumduur van de handelshuur, sprake van een verhoogde stabiliteit. Naast de minimumduur van negen jaar heeft de huurder immers recht op

123 Hof van Cassatie 12 januari 1978, *Pas.* 1978, I, 535, *Arr. Cass.* 1-6, 566.
124 Hof van Cassatie, 19 juni 1992, *Pas.* 1992, I, 928.
125 Hof van Cassatie 24 april 1974, *Pas.* 1974, I, 864, *Arr. Cass.* 7-13, 917 en Hof van Cassatie 10 december 1993, *Pas.*, 1993, I, 1049, nt. *R.W.*, 1994/95, 120.
126 In de jurisprudentie is overigens, gelijk zoals in Nederland in art. 7:222 BW thans wettelijk verankerd is, een meldingslicht van de huurder ontstaan. Zie bijv. Vred. Bergen 4 december 1985, *Pas.*, 1986, II, 25.

drie huurhernieuwingen conform artikel 13 lid 1 Handelshuurwet, zodat hij in beginsel gedurende 36 jaar het handelshuurobject kan blijven huren. De huurbescherming doet zich met name gevoelen in het principe dat bij het verstrijken van een deelperiode de huurder het recht heeft, bij voorkeur boven alle andere personen, de hernieuwing van de huurovereenkomst te verkrijgen teneinde dezelfde handel voort te zetten. Daarbij merk ik nog op dat de drempel tot opzegging door de verhuurder wegens 'dringend eigen gebruik' op een belangrijk punt hoger is omdat de verhuurder deze opzeggingsmogelijkheid uitdrukkelijk bij contractsvorming dient te stipuleren, hetgeen ten goede komt aan de rechtszekerheid tussen huurcontractspartijen.

Conclusie (2): verschillen en overeenkomsten
Het belangrijkste verschil betreft het moment waartegen opzegging kan plaatsvinden. In Nederland kan eerst worden opgezegd tegen het einde van de eerste vijf jaar dan wel tegen een daarvan afwijkende periode (langer dan twee jaar) welke niet in het nadeel van de huurder is. In België kan (hoewel de minimumtermijn op negen jaar is gesteld) reeds tegen het einde van de eerste driejarige periode opzegging plaatsvinden. Vervolgens kan na de tweede driejarige periode worden opgezegd. Een ander verschil is gelegen in het 'onderling akkoord' in België en het 'wederzijds goedvinden' in Nederland. Het onderling akkoord is in België aan bepaalde vormvereisten gebonden. In Nederland kan met wederzijds goedvinden de huurovereenkomst zonder meer beëindigd worden. Hiervoor hoeft niet voldaan te zijn aan enige vormvoorschrift.[127] Verschillend is ook het expliciete onderscheid dat in België gemaakt wordt op het punt van de wijze van opzegging door verhuurder resp. huurder. In Nederland wordt dit onderscheid niet zo expliciet in de wet geformuleerd als in België. Een volgend verschil is wederom gelegen in de termijnen. De termijn met inachtneming waarvan moet worden opgezegd beloopt in België zes maanden indien de huurder opzegt en één jaar indien de verhuurder opzegt. In Nederland is de – formele – minumumtermijn in elk geval één jaar, ongeacht de partij welke opzegt. Ook de gronden krachtens welke een verhuurder kan opzeggen is verschillend. In België bestaan deels dezelfde maar in elk geval een minder aantal wettelijke opzeggingsgronden. De Belgische verhuurder kan namelijk opzeggen op grond van eigen gebruik. Dit hoeft echter niet 'dringend en duurzaam' eigen gebruik te betreffen, zoals in Nederland. In Nederland kan de huurovereenkomst door de verhuurder tevens worden opgezegd ingeval van beoogde renovatie, doch in België heeft de hierop betrekking hebbende weigeringsgrond een ruimer toepassingsbereik. Daarnaast kent België geen opzegging door de verhuurder wegens 'onbehoorlijke bedrijfsvoering van de huurder', hetgeen in Nederland wel een opzeggingsgrond is. Een belangrijk verschil betreft ook de Nederlandse opzegging na ommekomst van de verlengingsperiode (doorgaans na tien jaar) en na zes of negen jaar in België. In Nederland komen er, in vergelijking met opzegging na ommekomst van de eerste bepaalde duur, er drie materiële opzeggingsgronden bij.[128] In België is er,

127 Zie ook artikel 7:293 lid 3 BW.
128 Zie artikel 7:296 lid 3 en 4 BW.

behoudens een aanvraag tot huurhernieuwing door de huurder, in het geheel geen opzegging meer vereist na negen jaar (in het geval van een huurovereenkomst voor bepaalde duur). Een laatste verschil betreft de gang van zaken omtrent de opzegging bij een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd. In België wordt daarbij weer een onderscheid gemaakt tussen opzegging door de huurder, verhuurder of onderling akkoord. De huurder moet dan opzeggen bij deurwaardersexploot of per aangetekend schrijven tegen een opzegtermijn van één maand. De verhuurder moet zelfs een opzegtermijn van achttien maanden hanteren. In Nederland wordt het onderscheid tussen opzegging door huurder, verhuurder of onderling akkoord bij opzegging van huurovereenkomsten voor onbepaalde tijd niet gemaakt. Daarnaast geldt in Nederland een opzegtermijn van één jaar.[129]

Een eerste opmerkelijke overeenkomst is het onderscheid dat in beide rechtsstelsels wordt gemaakt ten aanzien van de categorieën detailhandelsbedrijfsruimte en overige bedrijfsruimte. In België wordt de detailhandelsbedrijfsruimte formeel enger opgevat, want hieronder vallen slechts de kleinhandel en het ambachtsbedrijf, doch de indeling in deze twee categorieën is grosso mode dezelfde. Ook de vormvereisten met betrekking tot de opzegging zijn in beide rechtstelsels overeenkomstig, dat wil zeggen ten aanzien van opzegging door de huurder en verhuurder (niet bij onderling akkoord). In beide rechtstelsels dient opzegging te geschieden bij exploot dan wel per aangetekend schrijven. Ook dienen bij de opzegging door de verhuurder in beide rechtstelsels, de gronden voor opzegging bij de klein- resp. detailhandelscategorie duidelijk vermeld te worden, dit op straffe van nietigheid. Een andere overeenkomst betreft de opzeggingsgrond door de verhuurder wegens eigen gebruik. Deze opzeggingsgrond kan in beide rechtstelsels aangevoerd worden (hoewel de voorwaarden verschillen), ook ingeval het beoogde gebruik van het object een ander gebruik betreft dan in de zin van artikel 7:290 BW in Nederland en artikel 3 Handelshuurwet in België. Een andere overeenkomst tussen beide rechtstelsels is dat bij overige bedrijfsruimte (andere objecten dan kleinhandel en ambachtsbedrijf) de opzegging aan aanzienlijk minder (vorm)vereisten gebonden is dan bij detailhandelsbedrijfsruimte (kleinhandel en ambachtsbedrijf). Een laatste overeenkomst tussen België en Nederland is dat, in beide rechtstelsels een mogelijkheid tot opzegging kan worden gevonden in wederzijds goedvinden, dan wel onderling akkoord.

8.16.2 **Rechtsvergelijking Frankrijk**

Het Franse systeem der 'renouvellement' is dwingendrechtelijk geregeld in afdeling 3 en 4 van de Code de Commerce en wel in de artt. L. 145- 8 t/m 30. De beëindigingssystematiek is identiek aan het hierboven behandelde Belgische hernieuwingssysteem.

---

129 Zie artikel 7:300 BW.

8.16.3 Rechtsvergelijking Zwitserland

Opzegging
De (gecombineerde) opzegging van woon- en bedrijfsruimte is geregeld in de artt. 271 t/m 273 OR. De opzegbescherming is gebaseerd op twee basisprincipes: de opzegging moet te goeder trouw (Treu und Glauben) geschieden en moet degelijk gemotiveerd worden door het opnemen van opzeggingsgronden. Deze motivatieplicht heeft ten doel de huurder de mogelijkheid te geven te beoordelen of aanvechting van de opzegging zin heeft, hetgeen een identieke ratio van de Nederlandse opzeggingsbrief is. In Zwitserland worden bijvoorbeeld een grote betalingachterstand en 'zwaar plichtsverzuim' als motivatie voor opzegging geaccepteerd.

De opzeggingsbescherming bestaat uit twee elementen: de huurder kan de opzegging aanvechten (art. 271 OR) of om een verlenging van de huurovereenkomst verzoeken (art. 272 e.v. OR). De opzegging is aanvechtbaar wanneer deze in strijd met de goede trouw is geschied. De verlenging van een huurovereenkomst door de rechter speelt eerst een rol indien de overeenkomst door opzegging beëindiging of expiratie beëindigd is. Verlenging kan worden verzocht in het geval beëindiging voor de huurder ernstige gevolgen heeft die door de belangen van de verhuurder niet te rechtvaardigen zijn; het gaat dus om een belangenafweging. Persoonlijke, familie- en economische belangen van partijen spelen in zijn algemeenheid een rol, doch ook een eigen belang van de verhuurder, de dringendheid daarvan en marktomstandigheden, waardoor de belangenafweging veelomvattend is. Redenen om niet te verlengen zijn bijvoorbeeld een grote betalingsachterstand, 'zwaar plichtsverzuim' en de situatie waarin de verhuurder een gelijkwaardige vervangend object aanbiedt. Bij toekenning van het verlengingsverzoek kan een huurovereenkomst krachtens art. 272h OR voor hoogstens zes jaar verlengd worden als deze woonruimte betreft; bij bedrijfsruimte beloopt deze periode zes jaar.[130]

Karakter opzeggingsbescherming
De opzeggingsvoorschriften ten gunste van de huurder zijn aan de partijautonomie onttrokken en dientengevolge dwingendrechtelijk. Afwijkende bepalingen zijn nietig. Per overtreding van een dwingendrechtelijk voorschrift dient nietigheid van vernietigbaarheid te worden onderscheiden.[131] Gelijk als in Nederland levert een schending van een vormvoorschrift, zoals een minimale opzeggingstermijn, nietigheid op. In de meeste andere gevallen is van vernietigbaarheid sprake en de ongeldigheid vereist in een dergelijk geval derhalve een uitdrukkelijk beroep van de huurder daarop.

130 Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Besonderes Teil, 6e druk, Bern, 2001.
131 Permann (e.a.), *Handkommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, Zürich, 2002.

8.17 Flexibiliteit

8.17.1 Renovaties in het nieuwe huurrecht bedrijfsruimte

Uit de ruime strekking van art. 7:296 lid 1 slotzin BW zou kunnen worden afgeleid dat het nieuwe huurrecht ronduit gunstig is voor de verhuurder die wegens een ingrijpende renovatie een huurovereenkomst wil opzeggen. Dit is onjuist. Het omgekeerde is het geval, hetgeen blijkt uit art. 7:296 lid 1 slotzin BW in onderlinge beschouwing met de twee andere wettelijke regelingen (vastgelegd in de algemene bepalingen) waarbij de uitvoering van werken aan het gehuurde een rol spelen.

In het nieuwe huurrecht bestaan drie soorten werkzaamheden, bij de uitvoering waarvan de verhuurder belang kan hebben en waarvoor het belang van de huurder moet wijken: (1) de dringende werkzaamheden (behandeld in paragraaf 5.4.3), (2) de renovatie zonder huurbeëindiging (behandeld in paragraaf 5.4.4) en (3) de renovatie met huurbeëindiging (zie paragraaf 8.6.7). De eerste vorm heeft betrekking op onderhouds- en reparatiewerkzaamheden. Bij de tweede variant moet men denken aan een lichte, niet ingrijpende renovatie en de derde variant is de zwaardere versie van de tweede, de zgn. 'hoog renovatie'. De drie varianten sluiten qua mate van ingrijpendheid onderling op elkaar aan. Het hieraan ten grondslag liggende principe bestond al in het oude huurrecht, waarbij de tweede variant toen nog niet bestond. In het nieuwe huurrecht is dat vooral veranderd door de introductie van deze nieuwe tussenvariant.

Variant 1: de gedoogplicht van dringende werkzaamheden
Art. 7:220 lid 1 BW biedt voor de verhuurder ruimere mogelijkheden de huurder te dwingen dringende (onderhouds)werkzaamheden te gedogen dan in het oude huurrecht bestond. De gedoogplicht is sedert 1 augustus 2003 uitgebreid met werkzaamheden aan naburige percelen alsook werkzaamheden strekkende ter voorkoming van schade, zonder de aanwezigheid van een gebrek. Naast het enkele gedogen dient de huurder in het nieuwe huurrecht zelfs *gelegenheid* te geven tot de uitvoering van de betreffende werkzaamheden. Aldus biedt art. 7:220 lid 1 BW de verhuurder meer armslag dan het oude art. 7A:1591 BW. In die zin is dus sprake van een verruiming van het belang van de verhuurder. Ook voor de huurder is de regeling verruimd: deze kan in geval sprake is van een gebrek aanspraak maken op huurvermindering, huurontbinding en schadevergoeding. Ook hiervan was in het oude art. 7A:1591 (lid 2) BW geen sprake omdat huurvermindering eerst na ommekomst van 40 dagen van reparatiewerkzaamheden sprake was.

Variant 2: de gedoogplicht van een niet-ingrijpende renovatie
Art. 7:220 lid 2 t/m lid 4 BW bevat de regeling van het 'redelijke renovatieplan' dat door de huurder en onderhuurder moet worden gedoogd, onder instandhouding van de huurrelatie. Het gaat hierbij om 'gedeeltelijke vernieuwing door verandering of toevoeging alsook sloop met vervangende nieuwbouw'. Art. 7:220 lid 4 BW vermeldt

uitdrukkelijk dat deze gedoogplicht onverlet laat de opzeggingsmogelijkheid van de verhuurder op grond van dringend eigen gebruik voor renovatie.

Variant 3: huurbeëindiging wegens 'hoog renovatie'
Bij deze variant moet een pand zodanig ingrijpend worden gerenoveerd dat de huurovereenkomst moet worden beëindigd. In het nieuwe huurrecht is deze vorm van renovatie onder de noemer van 'dringend eigen gebruik' gebracht, een opzeggingsgrond die reeds bij opzegging tegen het einde van de eerste huurperiode (veelal na 5 jaar) kan worden gebruikt. Dit laatste kon in het oude huurrecht slechts geschieden met een beroep op de belangenafweging wegens sloop en nieuwbouw (eerst mogelijk bij opzegging tegen het einde van de verlengingsperiode) dan wel (in een enkel geval) opzegging wegens het weigeren van een redelijk aanbod tot het aangaan van een nieuwe huurovereenkomst nadat renovatie had plaatsgevonden. In het nieuwe huurrecht kan huurbeëindiging wegens renovatie dus in een eerder stadium plaatsvinden.

Conclusie
Het voordeel voor de verhuurder bij variant 3 is slechts temporeel van aard. Dit enkele voordeel weegt niet op tegen het nadeel dat de inhoudelijke toetsing aanzienlijk is aangescherpt. Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt immers dat alleen dán huurbeëindiging wegens renovatie mogelijk is indien door sloop en nieuwbouw *plaats en functie* van het object definitief worden gewijzigd waardoor terugkeer van de huurder ook onder aanpassing van de bestaande huurrelatie qua omvang, huurprijs en kwaliteit onmogelijk is. En hiervan is slechts hoogst zelden sprake, alleen al omdat de verhuurder gebonden is aan de van gemeentewege voorgeschreven bestemming. Bovendien is het belang van variant 3, juist vanwege de verruimde toepasbaarheid van variant 1 in combinatie met de nieuwe variant 2, sterk afgenomen. Indien de huurder immers kan aantonen dat variant 2 een geschikt alternatief is voor de door verhuurder beoogde variant 3 is het maar de vraag of het dringend eigen gebruik aannemelijk kan worden gemaakt. De conclusie is derhalve dat het nieuwe huurrecht niet gunstig is voor een verhuurder die zich met een beroep op een hoog renovatie definitief van een huurder wil verlossen. En juist vanwege het bestaan van de drie varianten levert dit om dezelfde reden meer flexibiliteit voor de huurder op. De mogelijkheid om het doorvoeren van renovatiewerkzaamheden te gedogen onder instandhouding van de huurovereenkomst is immers sterk uitgebreid.

8.17.2 De nieuwe belangenafweging

De belangenafweging is sterk veranderd, zowel voor wat betreft de functie als de inhoudelijke toetsing. Bij opzeggingen wegens renovaties en wegens dringend eigen ander gebruik heeft deze nog slechts – in theorie – een restfunctie indien dringend eigen gebruik zélf de verhuurder geen soelaas biedt. De belangenafweging heeft een nieuwe functie gekregen ingeval van onderhuur, omdat ook de belangen van de bevoegdelijke onderhuurder moeten worden afgewogen tegen het belang van de verhuurder. Inhoudelijk is de toetsing in het voordeel van de huurder gewijzigd, omdat

het accent is verschoven van een imperatieve afwijzingsgrond naar een niet-imperatieve open belangenafweging. De huurder is derhalve gebaat met de gewijzigde belangenafweging; er is meer ruimte gekomen voor het afwegen van juist zijn belangen. Voor de verhuurder speelt de nieuwe belangenafweging welbeschouwd veel minder de rol als vangnetfunctie. De flexibiliteit die de belangenafweging in het oude huurrecht hem opleverde, is goeddeels verdwenen.

8.17.3 De sterke invloed van de redelijkheid en billijkheid bij opzegging

Opmerkelijk is de grote invloed van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in het kader van opzegging die op dit onderdeel tegemoet komt aan de behoefte van de huurder aan flexibiliteit. Bij te kort in acht genomen opzeggingstermijnen speelt het leerstuk een grote rol bij het converteren van een nietige opzegging in een rechtsgeldige opzegging, hetgeen onmiskenbaar als een redelijkheidscorrectie is aan te merken. Voorts speelt het leerstuk een rol bij misbruik van opzeggingsbevoegdheid waardoor een beroep op dringend eigen gebruik eenvoudiger kan worden afgewezen. Meer in het bijzonder nuanceert de redelijkheid en de billijkheid de summiere toetsing van de rechter bij dringend eigen gebruik met als gevolg dat de belangen – alsnog – over en weer ten volle worden afgewogen. Aldus levert de functie van het leerstuk der redelijkheid en billijkheid en dan meer in het bijzonder de beperkende werking ervan, extra flexibiliteit op waarmee de huurder buiten formele wettelijke bepalingen voordeel kan behalen.

Deze flexibiliteit zien wij terug in de rechtsvergelijkende studie. In België en Frankrijk bestaat daartoe ten eerste ruimte vanwege het ontbreken van de wettelijk voorgeschreven opzeggingsgronden zoals wij die in Nederland kennen. In combinatie met het 3-6-9-(12)-termijnensysteem levert dat een niet alleen voor de verhuurder doch ook voor de huurder meer open en daarmee flexibeler wettelijk opzeggingsregime op. In België wordt daar tegenover in zoverre een beperking aangebracht dat in het geval van opzegging wegens 'eigen gebruik' de huurovereenkomst daarin uitdrukkelijk moet voorzien. Dit levert voor de huurder rechtszekerheid op: deze weet aldus reeds bij contractsvorming dat de huurovereenkomst op deze grond tot een einde kan komen zo de verhuurder dat wenst.

9 Tussentijdse beëindiging

9.1 De beëindigingsovereenkomst

Artikel 7:293 lid 3 BW luidt:

> Geen opzegging is vereist, indien de beëindiging geschiedt met wederzijds goedvinden, nadat de huurovereenkomst is tot stand gekomen.

Het aangaan van een huurovereenkomst waarvan verhuurder en huurder overeenkomen deze met wederzijds goedvinden te beëindigen is een rechtshandeling die voor het grootste deel beheerst wordt door het vermogensrecht en het algemene verbintenissenrecht (zie daarover nader paragraaf 7.5.2). Slechts voor het moment waarop de beëindigingsovereenkomst door verhuurder en huurder rechtsgeldig (dat wil zeggen zonder dat deze vernietigbaar is) kan worden aangegaan biedt het huurrecht een speciaal voorschrift, namelijk: '… nadat de huurovereenkomst is tot stand gekomen'. Dit vereiste heeft als strekking te voorkomen dat de huurbescherming op oneigenlijke wijze kan worden uitgehold, hetgeen in algemene zin misbruik in de hand werkt. Immers, indien de huurder bij het aangaan van de huurovereenkomst zich tevens jegens de verhuurder contractueel verbindt tot de beëindiging en ontruiming (onder een bepaalde opschortende voorwaarde), eventueel in combinatie met een boetebeding, is daarmee door de huurder ook op voorhand afstand gedaan van de semidwingendrechtelijke termijn- en opzeggingsbescherming en dat laatste is vanuit de wetsgeschiedenis nimmer de bedoeling van de wetgever geweest.[1]

Het aangaan van een beëindigingsovereenkomst *nadat* de huurovereenkomst door de verhuurder in een concreet geval is opgezegd, is niet nietig en kan dus rechtsgeldig geschieden.[2] Met name indien de huurder bewilligt in de opzegging van de verhuurder, is daarmee de beëindiging van de huurovereenkomst op basis van wederzijds goedvinden een feit. Daarbij dient het uiteraard niet te gaan om een vage uitlating of toespeling van de huurder jegens de verhuurder. De huurder moet expliciet en ondubbelzinnig en bij voorkeur schriftelijk met beëindiging hebben ingestemd.[3] Indien hieraan is voldaan, dan is sprake van een rechtsgeldige beëindiging van de huurovereenkomst, die nog

1 Ktr. Den Haag 10 mei 2001, *Prg*. 2001, 5747 en Ktr. Den Haag 18 juni 2003, *Prg*. 2003, 6085.
2 HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 684.
3 Pres. Rb. Haarlem 23 december 1986, *KG* 1987, 69.

slechts via de daartoe strekkende mogelijkheden in het vermogensrecht en het algemene verbintenissenrecht kan worden aangetast.

Slechts indien in datzelfde kader en doorgaans bij dezelfde overeenkomst een nieuwe huurovereenkomst voor hetzelfde object wordt aangegaan, is geen sprake van een beëindiging van de huurovereenkomst in de zin van artikel 7:293 lid 3 BW en behoeft een dergelijke overeenkomst, voorzover deze afbreuk doet aan de semi-dwingendrechtelijke (termijn)bescherming van de huurder, de uitdrukkelijke goedkeuring van de kantonrechter op de voet van artikel 7:291 lid 2 t/m lid 4 BW. Immers, in een dergelijke situatie is van definitieve huurbeëindiging geen sprake maar veeleer van een herijking van de bestaande contractuele relatie.[4]

9.2 Opzegging door de erfgenamen van een overleden huurder

De algemene bepaling van artikel 7:229 BW schrijft voor dat het overlijden van een huurder naast het overlijden van de verhuurder de huurovereenkomst niet doet eindigen. Artikel 7:229 BW is niet van semi-dwingend recht. De erfgenamen van de huurder hebben, in tegenstelling tot die van de verhuurder, evenwel een tussentijdse beëindigingsmogelijkheid tot hun beschikking: artikel 7:302 BW biedt hiertoe een speciale voorziening. Artikel 7:302 BW is krachtens artikel 7:291 lid 1 BW van semi-dwingend recht en schrijft voor dat bij tussentijdse opzegging van een huurovereenkomst door de erfgenamen van de overleden huurder een korte opzeggingstermijn geldt, namelijk slechts zes maanden in plaats van een jaar. Afgezien van de andersluidende opzeggingstermijn blijven de overige formele vereisten terzake de opzeggingsbrief onverkort van kracht. Zo dient de opzegging per deurwaardersexploot dan wel per aangetekende brief (lees: een 'met bericht van ontvangst' verzonden brief) te geschieden. De opzegging door de erfgenamen is een eenzijdige rechtshandeling met rechtsgevolg, want het gevolg is dat de huurovereenkomst vanaf het einde van de zesmaandentermijn is beëindigd. De opzegging is uiteraard niet vereist indien de huurovereenkomst op basis van wederzijds goedvinden is beëindigd.

Indien sprake is van meerdere erfgenamen, dient men bedacht te zijn op een verdeling ingevolge artikel 4:13 BW, welk artikel de toepasselijkheid van artikel 7:229 lid 3 BW buiten werking stelt.

Artikel 7:302 BW levert op twee belangrijke onderdelen een wijziging ten opzichte van het oude artikel 7A:1632 BW op. Ten eerste omdat, in tegenstelling tot artikel 7A:1632 BW dat slechts voorzag in het tussentijds opzeggen van huurovereenkomsten voor bepaalde tijd, artikel 7:302 BW tevens voorziet in de mogelijkheid voor het opzeggen van huurovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Daarnaast is de beperking van het oude artikel 7A:1632 BW in artikel 7:302 BW geschrapt. Die beperking kwam erop neer

4 Pres. Rb. Zwolle, 18 februari 1987, *NJ* 1987, 897.

dat de erfgenamen de huurovereenkomst slechts konden opzeggen indien deze niet bevoegd waren de bedrijfsruimte aan een ander in gebruik te geven. Onder de vigeur van het oude huurrecht bracht deze dwingendrechtelijke beperking met zich mee dat niet kon worden opgezegd indien de verhuurder kenbaar had gemaakt geen bezwaar te hebben tegen gebruik door een derde, bijvoorbeeld door middel van onderverhuur aan een derde dan wel door middel van indeplaatsstelling ten behoeve van een derde. Wel bevat artikel 7:229 lid 2 BW een dergelijke bepaling, maar deze is niet van semi-dwingendrechtelijke aard, zodat partijen vrij zijn terzake van gebruik door een ander een andere afspraak te maken, hetgeen de huurder c.q. diens erfgenamen de nodige vrijheid geeft. Het toepassingsbereik van artikel 7:302 BW is daarmee om twee redenen aanzienlijk ruimer dan artikel 7A:1632 BW.

Bij gebreke van (tijdige) opzegging door de erfgenamen van de huurder zijn deze gebonden aan de rechten en plichten op basis van de lopende huurovereenkomst alsook aan hiermee samenhangende aanvullende wettelijke rechten en verplichtingen van titel 7.4 BW.

De wettelijke regeling komt aldus erop neer dat indien een huurder overlijdt, niet de verhuurder doch slechts de erfgenaam of erfgenamen van de overleden huurder de huurovereenkomst eenvoudig tussentijds kunnen beëindigen. De verhuurder kan niet op een dergelijk eenvoudige wijze de huur tussentijds beëindigen en staat slechts de reguliere opzeggingsmogelijkheden (met alle bijbehorende haken en ogen) ten dienste (zie hoofdstuk). Daarnaast staan de erfgenamen in beginsel de mogelijkheid van bedrijfsoverdracht aan een derde en meer in het bijzonder de hiermee samenhangende indeplaatsstelling (zie hoofdstuk 9) ten dienste. De mogelijkheden van de erfgenamen met betrekking tot bedrijfsopvolging en -overdracht kan door erflater vóór diens overlijden worden beperkt door middel van het toekennen van een legaat.

Exceptie van beraad

Ten slotte verdient opmerking dat de erfgenamen die door de verhuurder in rechte worden aangesproken uit hoofde van de huurovereenkomst c.q. de daaruit voortvloeiende verplichtingen zoals met name het betalen van huurpenningen, de mogelijkheid hebben een beroep te doen op de (dilatoire) exceptie van beraad (artikel 128 lid 4 Rv in samenhang met artikel 4:185 BW). Deze exceptie moet 'vóór alle weren' in een procedure worden ingeroepen. In de praktijk wil dat zeggen dat voorafgaand aan verder inhoudelijk verweer (in een conclusie van antwoord) een beroep op een dergelijke exceptie moet worden gedaan. Het gaat hierbij om erfgenamen – het kan er uiteraard ook één zijn – die (nog) niet weten of zij de nalatenschap zullen verwerpen, geheel zullen aanvaarden dan wel benificiair zullen aanvaarden. Deze exceptie biedt de erfgenamen die in termen van beraad zijn, de mogelijkheid hun verweer tegen de verhuurder te beperken tot het enkele inroepen van deze exceptie. De erfgenamen dienen daartoe een verklaring af te leggen ter griffie van de rechtbank van het arrondissement waar de erfenis is opengevallen. De verklaring wordt vervolgens in een daartoe bestemd register ingeschreven. De praktische consequentie van het inroepen van deze exceptie

bij een reeds aanhangig gemaakte procedure is dat de rechter voor wie de exceptie is ingeroepen, de zaak moet aanhouden tot aan het einde van de betreffende termijn van beraad. De executie van reeds uitgesproken vonnissen krachtens welke bijvoorbeeld achterstallige huur moet worden betaald en/of het object dient te worden ontruimd, dienen te worden opgeschort.
Het inroepen van de exceptie heeft in eerste instantie als gevolg dat op de goederen van de nalatenschap, welke nalatenschap niet door alle erfgenamen (of door de enige erfgenaam) zuiver is aanvaard, voor een periode van drie maanden na het overlijden van de erflater geen verhaal kan worden genomen, tenzij de crediteur ook ingeval van een faillissement van de erflater verhaal had kunnen uitoefenen. De erfgenamen zijn in die periode 'in termen van beraad'. De nalatenschap vormt in die periode derhalve een afgescheiden vermogen. Krachtens artikel 4:192 BW kan een erfgenaam die zich nog niet heeft uitgesproken daartoe worden gedwongen. Indien een erfgenaam de termijn van drie maanden ongebruikt laat verlopen, wordt deze geacht de nalatenschap zuiver te hebben aanvaard. In dat geval wordt bijvoorbeeld de geschorste procedure voortgezet of het eerder gewezen vonnis (alsnog) ten uitvoer gelegd. Het nieuwe erfrecht biedt overigens geen formele verlengingsmogelijkheid van de termijn van beraad (dit in tegenstelling tot het vóór 1 januari 2003 geldende erfrecht).

Het bovenstaande betekent overigens niet dat gedurende de termijn van beraad er helemaal niets meer met de nalatenschap kan gebeuren. Onder bepaalde omstandigheden kan de kantonrechter namelijk 'maatregelen voorschrijven die hij nodig acht'. Dit betekent overigens niet dat hij de ingeroepen exceptie terzijde kan stellen.

9.3 Ontbinding wegens wanprestatie

9.3.1 De strekking en reikwijdte van artikel 7:231 BW

Algemeen
Het specifieke huurrecht van bedrijfsruimte bevat voor huurbeëindiging door middel van ontbinding van de huurovereenkomst geen speciaal daartoe in de wet opgenomen bepaling.[5] Wel bevat artikel 7:231 BW een algemene bepaling die krachtens lid 3 van dat artikel ten behoeve van de huurder van semi-dwingendrechtelijke aard is. Krachtens artikel 7:231 lid 1 BW is buitengerechtelijke ontbinding door de verhuurder als gevolg van wanprestatie door de huurder terzake van bedrijfsruimte niet mogelijk. Ontbinding kan in dat geval slechts door de rechter geschieden. Dit voorschrift geldt te allen tijde voor de verhuurder en is in overeenstemming met een soortgelijke bepaling uit het oude huurrecht (artikel 7A:1636 lid 1 BW). De reden waarom ontbinding bij buitengerechtelijke verklaring in art. 231 lid 1 is uitgesloten is gelegen in het feit dat in de daar bedoelde gevallen een dwingendrechtelijke opzeggingsbescherming

5 Over ontbinding van overeenkomsten in het algemeen zie: C. J. H. Brunner en G. T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, 1999, p. 202 e.v.

(woonruimte en detailhandelsbedrijfsruimte) of ontruimingsbescherming (andere gebouwde onroerende zaken) geldt, die niet buiten de rechter om door middel van een ontbinding op grond van wanprestatie moet kunnen worden doorkruist.[6]

Het nieuwe artikel 7:231 heeft als onderdeel van de algemene bepalingen niet alleen betrekking op detailhandelsbedrijfsruimte doch tevens op de categorie 'overige bedrijfsruimte'. Dit betekent een aanzienlijke verruiming van de reikwijdte van artikel 7:231 BW ten opzichte van het oude huurrecht waarin buitengerechtelijke ontbinding van de categorie 'overige bedrijfsruimte', vallend onder Hoofdstuk VIA van de Huurwet, wél mogelijk was. Per 1 augustus 2003 dient dus zowel met betrekking tot detailhandelsbedrijfsruimte als overige bedrijfsruimte ten behoeve van ontbinding als gevolg van wanprestatie huurder naar de rechter te worden gestapt. Daarmee is de (ontbindings)bescherming van de huurder aanzienlijk uitgebreid. Daarenboven is er nog van een andere verruiming sprake: art. 7:231 BW is volgens lid 1 immers ook van toepassing op woonwagens (art. 7:235 BW) en standplaatsen (art. 7:236 BW).

Uit de redactie van art. 7:231 BW blijkt dat deze bepaling afwijkt van de algemene ontbindingsregeling, en meer in het bijzonder van art. 6:267 BW. De normadressaat van art. 7:231 BW wordt de keuze voor de buitengerechtelijke ontbinding van art. 6:267 lid 1 BW in beginsel ontnomen. De oorzaak hiervan ligt in de wetshistorische wortels van art. 7:231 BW.

Wetshistorie

Het belang van ontbindingsbescherming blijkt uit de wetsgeschiedenis. Tot slechts enkele decennia geleden achtte de wetgever bijzondere bescherming voor de huurder tegen (buitengerechtelijke) ontbinding van de huurovereenkomst door de verhuurder niet noodzakelijk; de algemene regeling van art. 1301 e.v. BW (oud) was weliswaar slechts van aanvullend recht, doch het – inmiddels vervallen – artikel 18 van de Huurwet bepaalde dat een 'gewezen huurder' van rechtswege in het genot van het gehuurde kon blijven, zolang hij niet door de rechter tot ontruiming was veroordeeld. De gang naar de rechter was dus noodzakelijk teneinde de gewezen huurder te ontruimen. Het gebrek aan ontbindingsbescherming werd dus gecompenseerd door de ontruimingsbescherming. Met de gestage ontmanteling van de Huurwet (zie paragraaf 2.2.2) kwam echter ook het vangnet van art. 18 Hw. te vervallen. Met de inwerkingtreding van de artt. 1624 e.v. en 1623a e.v. BW (oud) herleefde de vóór 1950 bestaande mogelijkheid van buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie van de huurder. Dit leverde kritische reacties op. Zo vond Zonderland dat inhoudelijk gewoon sprake was of behoorde te zijn van *opzegging* doch dat in de wet het anders was opgenomen.[7] Kort daarna kwam ook de Tweede Kamer in actie en drong aan op een nieuwe versie van het vroegere wettelijke vangnet.[8] Vanuit deze achtergrond trad in 1979 art. 1623n BW

6 Kamerstukken II 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 37.

7 Zie P. Zonderland in zijn noot onder HR 24 september 1976, *NJ* 1977, 115, m.nt. PZ.

(oud) in werking. In 1981 volgde art. 1636 BW (oud). Art. 7:231 BW is van beide artikelen de nieuwe versie, opgenomen in afdeling 7.4.4 BW.

Zo geeft de wetshistorie aan dat art. 7:231 BW is gericht op de bescherming van de huurder tegen de al te gemakkelijk ontbindende verhuurder. De gang naar de rechter is schier onvermijdelijk.[9] De bedoeling van de wetgever dat deze verplichting alleen aan de *ver*huurder en niet aan de huurder is opgelegd, ook volgend uit de wetshistorie, vindt zijn weerslag in de tekstuele opzet van lid 1. Het eerste lid betreft ontbinding van een huurovereenkomst 'op de grond dat de *huurder* tekortgeschoten is in de nakoming van zijn verplichtingen'. Alleen de verhuurder dient dus naar de rechter te stappen. Een huurder kan immers niet een tekortkoming in diens eigen nakoming aanvoeren als ontbindingsgrond. Dat is onlogisch maar ook strookt dat niet met het systeem van art. 6:265 e.v. BW. A contrario valt uit lid 1 dan ook af te leiden dat de huurder wél buitengerechtelijk mag ontbinden.[10]

Uitzonderingen op het verbod op buitengerechtelijke ontbinding van art. 7:231 BW
Op de hoofdregel van art. 7;231 lid1 BW bestaan twee uitzonderingen. De eerste betreft de 'wet-Victor'-panden die in het art. 7:231 lid 2 BW worden genoemd (zie paragraaf 9.4). De bepaling in lid 2 was voorheen te vinden in art. 7A:1597 BW (oud) en zij vormde onder het oude huurrecht al een uitzondering op de regels van art. 7:1623n en 1636 BW (oud). Art. 7:231 lid 2 BW vormt in twee opzichten een uitzondering op het eerste lid: (1) buitengerechtelijke ontbinding is mogelijk (2) zonder dat er sprake hoeft te zijn van een tekortkoming van de huurder.[11] Een tweede uitzondering vormt de mogelijkheid in de wettelijke gebrekenregeling tot gerechtelijke ontbinding op de voet van art. 7:210 BW. Zowel huurder als verhuurder mogen buitengerechtelijk ontbinden wanneer het huurgenot geheel onmogelijk wordt door een gebrek dat de verhuurder niet behoeft te verhelpen. Te denken valt aan een uitslaande brand waardoor de zaak geheel tenietgaat (zie paragraaf 5.3.5). Het is evident dat huurder en verhuurder voor deze ontbinding niet naar de rechter hoeven te stappen: de huurovereenkomst verliest in zo'n geval volledig haar zin.[12]

---

8 Kamerstukken II 1978/79, 14 249, nr. 10, p. 12.

9 Lid 3 geeft aan dat hiervan niet ten nadele van de huurder mag worden afgeweken. Een ontbindende voorwaarde is dus nietig. Zie: HR 8 november 2002, *NJ* 2002, 623, *WR* 2003, 1 en Ktr. Sneek 14 juni 1995, *WR* 96, 1.

10 Zie De Jonge, p. 70-71; Z. H. Duijnstee-van Imhoff: *Huurrecht geschetst*, Nijmegen 2003, p. 69-70; Evers, p. 127; F. T. Oldenhuis e.a.: *Hoofdlijnen in het huurrecht*, p. 97; Rueb, Vrolijk, De Wijkerslooth-Vinke: *Het nieuwe huurrecht, per artikel verklaard*, Deventer 2003, p. 64; *Huurrecht* (losbl.), De Wijkerslooth-Vinke, aant. 21.

11 Kamerstukken II 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 37.

12 Kamerstukken II 1997/1998, 26 089, nr. 3, p. 21.

Art. 7:231 in relatie tot art. 7:205 BW
Uit de hoofdregel van art. 7:231 lid 1 BW volgt a contrario dat de huurder wél buitengerechtelijk kan ontbinden met de schriftelijke mededeling krachtens art. 6:267 lid 1 BW.[13] Dat de huurder deze bevoegdheid heeft wordt nog eens uitdrukkelijk vastgelegd in art. 7:205 BW:

> De uit deze afdeling voortvloeiende rechten van de huurder komen aan deze toe, onverminderd alle andere rechten en vorderingen.

Indien de huurder 'onverminderd' 'alle andere rechten en vorderingen' toekomt, geldt dat ook voor de commune ontbindingsregeling van boek 6 BW, inclusief de buitengerechtelijke ontbindingsmogelijkheid van art. 6:267 lid 1 BW. De wetgever heeft met art. 7:205 BW willen vermijden dat met de formulering van de specifieke bepalingen van afdeling 7.4.2 de indruk zou worden gewekt dat de daarin opgenomen verplichtingen van de verhuurder, en de daarmee corresponderende rechten van de huurder, een exclusief bereik zouden hebben, en dat op dit punt geen nadere rechten of verplichtingen zouden bestaan.[14]

Onderhuur
Op het punt van de positie van de onderhuurder verdient overigens opmerking het feit dat artikel 7:306 BW, dat bepaalt dat de onderhuurovereenkomst eindigt indien de hoofdhuurovereenkomst eindigt, niet bij ontbinding van de hoofdhuurovereenkomst van toepassing is. Immers, blijkens de tekst van artikel 7:306 BW eindigt de onderhuurovereenkomst uitsluitend indien de hoofdhuurovereenkomst eindigt door een onherroepelijke rechterlijke uitspraak in een beëindigingsprocedure na opzegging. Dit betekent dat de onderhuurovereenkomst niet eindigt indien de hoofdhuurovereenkomst wordt ontbonden wegens wanprestatie. Het is onduidelijk of de wetgever de discrepantie van de ontbindingsregeling van art. 7:231 BW met de onderhuurregeling van art. 7:306 heeft voorzien. Wel is duidelijk dat deze onwenselijk is.

Conclusie
Op de hoofdregel van art. 7:231 lid 1 BW bestaan voor de verhuurder twee uitzonderingen: de 'wet-Victor'-gebouwen (art. 7:231 lid 2 BW) en het algehele vergaan van het gehuurde (art. 7:210 BW). Voor de huurder bestaat op de hoofdregel dat buitengerechtelijke ontbinding krachtens art. 6:267, 7:205 en 7:231 BW mogelijk is, één uitzondering: de huurprijsvermindering wegens het bestaan van een gebrek: in dat geval moet ook de huurder naar de rechter. Zo blijkt dat slechts art. 7:207 BW en art. 7:231 BW voor het huurrecht elk slechts één beperking toevoegen aan de toepassingsvoorwaarden voor ontbinding wegens wanprestatie op de voet van de algemene ontbindingsregels van boek 6 BW: enerzijds de ontbindingsregels voor de verhuurder

13 Zie ook Ktr. Amsterdam, 3 augustus 1993, *Prg*. 1993, 3955t.
14 *Huurrecht* (losbl.), Huydecoper, art. 7:205, aant. 4.

van art. 7:231 BW, anderzijds de verplichting voor de huurder om in geval van een huurprijsvermindering naar de rechter te stappen. Overigens dient men voor ogen te houden dat (partiële) ontbinding slechts mogelijk is indien aan de tenzijbepaling van art. 6:265 BW is voldaan: 'tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt'. Dit is een regel die voor alle huurvarianten geldt.[15]

9.3.2 De grote rol van het algemene verbintenissenrecht

Ontbinding wegens wanprestatie is niet nader in het huurrecht geregeld, omdat een 'zuivere' ontbindingskwestie strikt genomen een aangelegenheid is die past in het algemene verbintenissenrecht.[16] Wel bestaat een grote hoeveelheid rechtspraak met betrekking tot wanprestatie in huurgeschillen, veelal op het punt van wanbetalende huurders, maar ook op het onderdeel van verhuurders die weigeren gebreken te herstellen. In beide gevallen is sprake van een nalaten dat gekwalificeerd kan worden als toerekenbare tekortkoming op de voet van artikel 6:265 BW, hetgeen op de voet van artikel 6:267 BW tot ontbinding kan leiden, door de rechter dan wel buitengerechtelijk (zie paragraaf 9.3.1). Ten opzichte van deze twee artikelen vormt artikel 7:231 BW een speciale voorziening die boven de voorgaande twee artikelen prevaleert en inhoudt dat ontbinding slechts door de rechter kan geschieden.

Uit de rechtspraak blijkt dat ontbinding wegens wanprestatie in het huurrecht op een aparte wijze wordt behandeld, omdat de bescherming van de huurder ook vanuit het perspectief van het algemene verbintenissenrecht bezien bij de rechter hoog in het vaandel staat. Zeker indien een huurder het dak boven diens hoofd dreigt te verliezen, steken de meeste rechters de helpende hand toe, onafhankelijk van de vraag of het bedrijfsruimte of woonruimte betreft. Strikt genomen is het onjuist een huurder in het algemene verbintenissenrecht anders te behandelen dan een gemiddelde andere wanpresterende contractant. Wanprestatie rechtvaardigt immers ook in het huurrecht op grond van artikel 6:265 BW per definitie ontbinding en niet alleen bij *ernstige* wanprestatie, zoals vaak door huurders wordt aangevoerd. Artikel 6:265 lid 1 BW luidt als volgt:

> Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.

15 Aldus De Jonge, a.w., p. 72, die daarbij ter vergelijking verwijst naar HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197 (De Bruin/Meiling).

16 Zie voor een uiteenzetting over huurrechtelijke toepassingen van de redelijkheid en billijkheid: paragraaf 6.5.2.

De Hoge Raad hecht groot belang aan de strikte toepassing van artikel 6:265 lid 1 BW. De leer van de Hoge Raad komt mede onder verwijzing naar artikel 6:265 BW erop neer dat er geen goede grond bestaat om in het huurrecht van bedrijfsruimte af te wijken van de regel in het algemene verbintenissenrecht dat wanprestatie doorgaans ontbinding wettigt. Daarbij tekent de Hoge Raad aan dat dit alleen anders is indien de huurder gemotiveerd stelt dat de wanprestatie van zo'n geringe aard of betekenis is dat hierop een uitzondering moet worden gemaakt. Voor de vraag of de wanprestatie voldoende ernstig is om ontbinding te rechtvaardigen, moet de rechter volgens de Hoge Raad rekening houden met alle omstandigheden van het geval.[17] Zo dient een hennepkwekerij wel tot daadwerkelijke overlast te leiden, wil deze wanprestatie ook ontbinding van de huurovereenkomst rechtvaardigen.[18] Ook een habituele wanbetaling kan op zichzelf een ontbinding in de weg staan indien de huurachterstand een dag vóór de zitting is voldaan.[19] Zelfs indien de verhuurder zich niet verdiept in de oorzaak van de wanbetalingen kan deze de in de praktijk doorgaans fel begeerde ontbinding op de buik schrijven.[20]

9.3.3 De rol van ontbinding in de praktijk

In beginsel is het instellen van een ontbindingsvordering voor de verhuurder een passende en snelle wijze om zich van een wanpresterende huurder te verlossen. Het opzeggen van een huurovereenkomst wegens onbehoorlijke bedrijfsvoering is doorgaans niet effectief. Niet al datgene van het 'niet goede huurderschap' valt immers te scharen onder het beperkte begrip 'onbehoorlijke bedrijfsvoering'. Met name bij een in de praktijk veel voorkomend soort wanprestatie als wanbetaling is een ontbindingsvordering een passender actie, evenals bij verboden onderverhuur[21] en gebruik niet conform contractuele bestemming.[22] Indien de wanprestatie in gevallen als deze voldoende ernstig is, kunnen dergelijke omstandigheden reden zijn voor de rechter een huurovereenkomst te ontbinden. Daaraan moet worden toegevoegd dat de behoefte tot het instellen van een ontbindingsvordering niet gehinderd wordt door termijnbescherming en opzeggingsformaliteteiten en dus een snelle actie kan betekenen, welke kan leiden tot een tussentijdse beëindiging van de huurovereenkomst.

De meest gangbare tekortkoming van de huurder is de (habituele) wanbetaling. De jurisprudentie leert dat één enkele wanbetaling een onvoldoende zware tekortkoming

17 HR 10 augustus 1992, *NJ* 1992, 715; HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 317 en HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197 en HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255.

18 Rb. Rotterdam 14 november 2002, *WR* 2003, 20, Ktr. Rotterdam 24 september 2002, *Prg.* 2003, 6124 en de appèlzaak daarvan, uitmondend in: Gerechtshof Den Haag 15 augustus 2003, *Prg.* 2003, 6125.

19 Ktr. Eindhoven 27 mei 2003, *Prg.* 2003, 6109.

20 Ktr Dordrecht 21 augustus 2003, *Prg.* 2003, 6135.

21 Ktr. Den Haag 7 oktober 1992, *Prg*. 1992, 3757.

22 Ktr. Den Haag 12 september 1992, *Prg*. 3756.

is om ontbinding te rechtvaardigen. Veelal wordt de driemaandenregel gehanteerd, doch dat is geen vast beleid van kantonrechters.[23] Overlast is als ontbindingsgrond sterk in opkomst, niet alleen bij woonruimte (burenruzie), doch ook bij bedrijfsruimte speelt dit fenomeen, zoals bij een luidruchtig café.[24] Ook onbevoegdelijke onderverhuur kan leiden tot ontbinding.[25] Er zijn natuurlijk ook de bijzondere gevallen, zoals de huurder die door de verhuurder in een vriescel werd opgesloten.[26]

Indeplaatsstelling als tegenvordering
Opmerking verdient ten slotte dat een ontbinding wegens wanbetaling in het huurrecht van bedrijfsruimte veelal erop duidt dat een huurder op enigerlei wijze niet meer aan zijn huurbetalingsverplichtingen kan voldoen omdat het in het object uitgeoefende bedrijf, onafhankelijk van de oorzaak daarvan, niet goed loopt. In sommige gevallen zal een dergelijke huurder trachten zijn onderneming aan een derde te verkopen, zodat aan oplopende (huur)schulden een einde komt en de huurder uit de verkoopopbrengst diens overige verplichtingen, dan wel een deel daarvan, kan voldoen. Met name wanneer sprake is van een huurovereenkomst die nog voor geruime tijd voortduurt, hetgeen op zichzelf beschouwd onder omstandigheden een bepaalde waarde kan vertegenwoordigen, is het in beginsel mogelijk de onderneming aan een derde over te dragen, waarbij de opvolgende huurder in de plaats van de zittende huurder wordt gesteld. Voor een uitgebreide behandeling van het leerstuk van de indeplaatsstelling wordt in dit verband verwezen naar hoofdstuk 12. Thans wordt volstaan met de opmerking dat het in beginsel mogelijk is, in het kader van een vordering van de verhuurder strekkende tot ontbinding van de huurovereenkomst wegens wanbetaling, een tegenvordering in te stellen strekkende tot indeplaatsstelling van de nieuwe exploitant van het over te dragen bedrijf als nieuwe en opvolgende huurder. Volgens vaste rechtspraak zal de rechter de toewijsbaarheid van de vorderingen over en weer in onderling verband beoordelen, hetgeen enig tegenwicht kan bieden tegen de incasso-, ontbindings- en ontruimingsvordering die door de verhuurder is ingesteld.[27] Aan het voorgaande doet uiteraard niet af dat ook de huurder het procesinitiatief kan nemen en indeplaatsstelling vordert voordat de verhuurder een ontbindingsprocedure in gang zet. Het laatste kan vanuit strategisch perspectief in het voordeel van de huurder zijn.[28]

9.4 Ontbinding bij sluiting van een pand ter bestrijding van drugsoverlast

Een nieuw element van de tussentijdse ontbinding in het nieuwe huurrecht(reeds in paragraaf 9.3.1 aangestipt) vormt de regeling van de zgn. 'Wet-Victorpanden', opgenomen in artikel 7:231 lid 2 BW, waarvan de tekst luidt:[29]

---

23 Rb. Middelburg 8 augustus 2001, *Prg*. 2001, 5786.
24 Rb. Amsterdam 6 maart 2002, *WR* 2002, 46.
25 Ktr. Arnhem 26 januari 1998, *WR* 1998, 68.
26 HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 33.
27 HR 7 april 1989, *NJ* 1989, 552.
28 Ktr. Hoorn 16 juni 1997, *Prg*. 1998, 5067 en Pres. Rb. Den Haag 23 november 1994, *KG* 1994, 453.

> De verhuurder kan de overeenkomst op de voet van artikel 267 van boek 6 ontbinden op de grond dat door gedragingen in het gehuurde de openbare orde is verstoord en het gehuurde deswege op grond van artikel 174a Gemeentewet dan wel op grond van een verordening als bedoeld in artikel 174 van die wet is gesloten of door gedragingen in zodanig gebouw in strijd met artikel 2 of 3 van de Opiumwet is gehandeld en het desbetreffende gebouw deswege op grond van artikel 13b van die wet is gesloten.

Onderstaand worden de meeste belangrijke wetsbepalingen naar welke in het nieuwe artikel 7:231 lid 2 BW wordt verwezen, weergegeven. Artikel 174 Gemeentewet luidt als volgt:

> Lid 1:
> De burgmeester is belast met het toezicht op de openbare samenkomsten en vermakelijkheden, alsmede op de voor het publiek openstaande gebouwen en daarbij behorende erven.
>
> Lid 2:
> De burgemeester is bevoegd bij de uitoefening van het toezicht, bedoeld in het eerste lid, de bevelen te geven die met het oog op de bescherming van veiligheid en gezondheid nodig zijn.
>
> Lid 3:
> De burgemeester is belast met de uitvoering van verordeningen voor zover deze betrekking hebben op het in het eerste lid bedoelde toezicht.

Artikel 174a lid 1 van de Gemeentewet luidt als volgt:

> De burgemeester kan besluiten een woning, een niet voor het publiek toegankelijk lokaal of een bij die woning of dat lokaal behorend erf te sluiten, indien door gedragingen in de woning of het lokaal of op het erf de openbare orde rond de woning, het lokaal of het erf wordt verstoord.

Artikel 2 lid 1 van de Opiumwet luidt als volgt:

> Het is verboden de middelen, vermeld op de bij deze wet behorende lijst I, dan wel aangewezen krachtens het tweede of derde lid:
> A. binnen of buiten het grondgebied van Nederland te brengen;
> B. te bereiden, te bewerken, te verwerken, te verkopen, af te leveren,te verstrekken of te vervoeren,
> C. te vervaardigen.

---

29 De zgn. 'Wet-Victor', waarvan de tekst gewijzigd werd bij de tweede nota van wijziging, Kamerstukken II 2001/2002 28 064, nr. 7.

Artikel 3 lid 1 van de Opiumwet is soortgelijk aan artikel 2 lid 1 van de wet en heeft betrekking op lijst II.
Artikel 13b van de Opiumwet luidt als volgt:

> Lid 1:
> De burgemeester is bevoegd tot toepassing van bestuursdwang indien in voor het publiek toegankelijke lokalen en daarbij behorende erven een middel als bedoeld in art. 2 of 3 wordt verkocht, afgeleverd of verstrekt dan wel daartoe aanwezig is.

Artikel 7:231 lid 2 BW is in de wet opgenomen in verband met overlast door zgn. 'drugspanden', waarvan de gemeente op basis van artikel 174 lid 3 van de Gemeentewet een verordening heeft vastgesteld en/of een besluit krachtens artikel 174a Gemeentewet heeft genomen deze als gevolg van overlast vanwege druggebruik met onmiddellijke ingang voor een bepaalde periode (krachtens art. 174a derde lid eerste zin Gemeentewet) te sluiten.

In de praktijk komt dit erop neer dat een geheel pand op last van de gemeente wordt gesloten, waarvan slechts een deel door drugsgebruikers en -handelaren wordt gebruikt en het andere deel reguliere huurders betreft die hun verplichtingen jegens de verhuurder normaal nakomen en aan omwonenden geen overlast veroorzaken. De strekking van de voorziening van artikel 174a Gemeentewet is het handhaven van het algemeen belang dat is gediend met de bestrijding van het gebruik van en de handel in harddrugs en met de handhaving van de openbare orde. Dit belang weegt in het bestuursrecht zwaarder dan het belang van de 'gewone' huurders bij het kunnen blijven gebruiken van de woning, ondanks dat zij geen schuld hebben aan de overlast van de andere huurders in hetzelfde pand.

In de praktijk laat het voorgaande onverlet dat de huurders op grond van het in artikel 8 lid 1 van het Europese Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) neergelegde recht van de burger op respect voor zijn privé-leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en dergelijke, in combinatie met de in artikel 8 lid 2 EVRM neergelegde eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, aanspraak konden maken op passende vervangende woonruimte.[30] Met behulp van het nieuwe artikel 7:231 lid 2 BW kan de verhuurder terzake van 'drugspanden' die op last van de gemeente zijn gesloten, op snelle wijze ontbinding effectueren, niet alleen van de huurovereenkomsten met de huurders die de bron van overlast vormen, doch ook met de huurovereenkomsten met omliggende huurders binnen hetzelfde pand, die in beginsel niets met de drugsoverlast van doen hebben.

30 Pres. Rb. Rotterdam (sector bestuursrecht) 11 juli 2000, *WR* 2000, 69.

9.5 Ontbinding wegens verwezenlijking bestemmingsplan nieuwe eigenaar/ verhuurder

In artikel 7:310 BW is een tussentijdse ontbindingsmogelijkheid opgenomen voor de verhuurder die door eigendomsoverdracht op de voet van artikel 7:226 BW eigenaar van het object is geworden en er groot belang bij heeft dat op korte termijn een krachtens een geldig bestemmingsplan op het gehuurde liggende bestemming wordt verwezenlijkt. Deze voorziening vertoont verwantschap met onteigening. Artikel 7:310 BW is van toepassing onafhankelijk van de vraag of de eigendomsovergang krachtens bijzondere titel dan wel krachtens algemene titel heeft plaatsgevonden.

Krachtens artikel 7:310 lid 2 BW kunnen de huurder en de bevoegdelijke onderhuurder aanspraak maken op vergoeding van door hen geleden schade. De slotzin van het artikellid voegt ter nadere bepaling van de schade aan het voorgaande toe dat rekening wordt gehouden met de kans dat de huurverhouding zonder de eigendomsovergang zou hebben voortgeduurd. In vergelijking met de eerder (zie paragraaf 8.9) behandelde opzegging wegens verwezenlijking van een bestemmingsplan, waarbij eveneens aanspraak kan worden gemaakt op schadevergoeding, valt de schadevergoeding in het geval van ontbinding doorgaans hoger uit, omdat in het laatste geval de huurovereenkomst tussentijds tot een einde komt en daarmee de termijn- en opzeggingsbescherming als wezenskenmerk van de huurbescherming wordt afgebroken. De schadevergoeding zal naast de vergoeding van de feitelijke verwachting van het voortgezet gebruik tevens een vergoeding in het kader van de (in de termen van het oude huurrecht:) 'juridische genotsverwachting' omvatten. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat hiertoe de maatstaven voor schadevergoeding die in het onteigeningsrecht gelden, dienen te worden gebruikt.[31]

In het oude huurrecht bestond een soortgelijke voorziening in artikel 7A:1636b BW. Ten opzichte van het oude huurrecht is de reikwijdte van deze wettelijke voorziening aanzienlijk verruimd, omdat uit het bepaalde in artikel 7:310 lid 3 BW voortvloeit dat niet alleen detailhandelsbedrijfsruimte doch tevens de overige bedrijfsruimte als bedoeld in artikel 7:230A BW onder artikel 7:310 BW valt (zie paragraaf 13.3.5).

9.6 Beëindiging als gevolg van het faillissement en surseance van de huurder

9.6.1 Grondslag en strekking van artikel 39 Faillissementswet

Artikel 39 van de Faillissementswet biedt, in het geval een huurder in staat van faillissement verkeert, de mogelijkheid ten behoeve van de verhuurder en van de curator van de failliete huurder de huurovereenkomst tussentijds op te zeggen. Artikel 39 Fw. biedt een speciale voorziening die vóórgaat op de opzeggings- en termijnbescherming van

31 HR 14 oktober 1983, *NJ* 1984, 736.

detailhandelsbedrijfsruimte. Daarnaast kan tevens een huurovereenkomst terzake van de categorie van de overige bedrijfsruimte als bedoeld in artikel 7:230A BW met behulp van artikel 39 Fw. tussentijds worden opgezegd. Wat betreft dit laatste geval komt de gewezen huurder evenwel ingevolge artikel 7:230A lid 1 BW vanaf de datum waartegen is opgezegd, ontruimingsbescherming toe.[32]

De opzeggingstermijn bedraagt slechts (minimaal) drie maanden en opzegging kan tussentijds geschieden. De opzeggingstermijn van (minimaal) drie maanden gaat in vanaf de dag waarop de eerstvolgende huurtermijn verschuldigd is. Een dergelijke opzegging is een rechtshandeling met rechtsgevolg, want de huurovereenkomst komt als gevolg hiervan tot een einde, zij het dat een dergelijke opzegging op basis van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid als misbruik van recht kan worden gekwalificeerd en derhalve niet aanvaardbaar kan worden geacht.[33]

Een beëindigingsprocedure behoeft niet te worden gevoerd. De reikwijdte van artikel 39 Fw. is ruim want niet alleen van toepassing bij detailhandelsbedrijfsruimte maar ook bij overige bedrijfsruimte en woonruimte. De curator dient de resterende huurtermijnen tot aan het einde van de huurovereenkomst als boedelschuld aan de verhuurder te voldoen. De strekking van artikel 39 Fw. is de mogelijkheid van de verhuurder en de curator zich bij daadwerkelijke dan wel dreigende wanbetaling snel en eenvoudig (en dus: tussentijds) van een huurovereenkomst met de failliete en insolvente huurder te verlossen.

9.6.2 Surseance van betaling

Indien sprake is van surseance van betaling van de huurder, geldt ingevolge artikel 238 lid 1 Fw. een afwijkende regeling, omdat in een dergelijk geval niet de verhuurder maar slechts de huurder de huurovereenkomst kan opzeggen. De opzeggingstermijn beloopt de overeengekomen dan wel de gebruikelijke termijn, doch maximaal drie maanden, en de huurder heeft voor opzegging de instemming van de bewindvoerder nodig. Vanaf de dag van de surseance is de huurprijs een boedelschuld. De verschuldigde huur van vóór de datum van surseance is een concurrente vordering. Indien de huurder in een dergelijke situatie zijn of haar verplichtingen jegens de verhuurder niet volledig nakomt kan de verhuurder ingevolge het bepaalde in artikel 236 Fw. van de huurder verlangen dat deze zich binnen een door de verhuurder te bepalen termijn bereid verklaart zich aan diens huurdersverplichtingen te houden.[34]

---

32 HR 20 november 1953, *NJ* 1953, 788 en HR 22 juli 1991, *NJ* 1991, 748.

33 Pres. Roermond 14 november 1983, *KG* 1983, 354 en Pres. Rb. Arnhem 6 juni 1986, *KG* 1986, 286 in samenhang met Ktr. Meppel 4 juni 1987, *Prg*. 1987, 2766.

34 Hof Den Bosch 9 oktober 1990, *KG* 1990, 377 (*Prg*. 1990, 3557).

Ingeval van definitieve toepassing van de schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen zoals is vastgelegd in artikel 284 Fw. t/m artikel 361 Fw. is het de bewindvoerder van de schuldenaar als huurder toegestaan de huurovereenkomst tussentijds op te zeggen met inachtneming van de overeengekomen dan wel de gebruikelijke opzeggingstermijn met een maximum van drie maanden (art. 305 lid 1 Fw.). Overeenkomstig de hierboven aangeduide regeling van artikel 236 Fw. heeft ook in het kader van een schuldsaneringsregeling op grond van de Wet Sanering Natuurlijke Personen de verhuurder de mogelijkheid van tussentijdse beëindiging onder inachtneming van een opzeggingstermijn van maximaal drie maanden (art. 305 lid 2 Fw.). Tussentijdse ontbinding is (ook voor oude huurschulden) krachtens art. 305 lid 2 Fw. mogelijk.[35]

9.6.3 Opzegging krachtens artikel 39 Faillissementswet en indeplaatsstelling

In de praktijk heeft de curator van de failliete huurder er belang bij de waarde van de onderneming van de failliete huurder zoveel als mogelijk in tact te houden teneinde een geschikte koper voor de onderneming te vinden, die bereid is een goede prijs te betalen. Uit de verkoopopbrengst kunnen vervolgens de schuldeisers worden voldaan. Voor de waarde van de onderneming is, zeker als het detailhandelsbedrijfsruimte betreft, de huisvesting op de betreffende locatie en dientengevolge de huurovereenkomst van groot belang. De curator poogt daarom doorgaans de onderneming tezamen met de lopende huurovereenkomst te verkopen aan een geschikte derde. Indien een (aspirant-)koper is gevonden, heeft de curator er belang bij zich tegen de opzegging door de verhuurder te verzetten en een vordering strekkende tot indeplaatsstelling in te stellen, ten behoeve van de koper van de failliete onderneming.
Dit geschiedt veelal in de vorm van een vordering strekkende tot indeplaatsstelling in het kader van een bodemprocedure, waarbij tevens (kort daaraan voorafgaand dan wel meteen na aanvang) een kort geding aanhangig wordt gemaakt. In een dergelijk kort geding vordert de curator dat de verhuurder de zittende huurder dan wel de in de plaats te stellen huurder gedoogt in afwachting van een later definitief vonnis over de indeplaatsstelling in een bodemprocedure. De verhuurder stelt in beide gevallen doorgaans een tegenvordering strekkende tot ontruiming in. De omgekeerde variant daarop is in beginsel eveneens mogelijk: de verhuurder spant een kort geding aan waarbij deze ontruiming vordert en waarbij de curator als tegenvordering het gedogen van de huurder dan wel de in de plaats te stellen huurder vordert, in afwachting van de uitslag van de bodemprocedure. Voor een nadere en uitgebreide behandeling van het leerstuk van indeplaatsstelling wordt in dit verband verwezen naar hoofdstuk 4 hierna.
Met name de curator kan een spoedeisend belang hebben omdat de huurovereenkomst op de datum waartegen is opgezegd, per definitie tot een einde komt en daarna strikt genomen geen indeplaatsstelling meer mogelijk is. In de praktijk blijkt evenwel

35 Ktr. Schiedam 22 augustus 2000, zaaknr. 306933/TV (n.g.); Rb. Utrecht 15 augustus 2001, *WR* 2002, 2; Voorzieningenrechter Maastricht, 23 maart 2003, *KG* 2003, 109 en Voorzieningenrechter Rb. Utrecht, 5 augustus 2002, *Prg.* 2003, 6010.

dat een rechter dit principe niet strikt hanteert, hetgeen niet alleen vanuit praktisch oogpunt, maar ook vanuit de achterliggende strekking van een opzegging door de verhuurder op basis van artikel 39 Fw. beschouwd, in beginsel niet onlogisch is. Immers, door middel van indeplaatsstelling verdwijnt de insolvente huurder van het toneel en kan de verhuurder een nieuwe solvabele huurder gepresenteerd krijgen en heeft de artikel 39 Fw.-opzegging geen (financieel) nut meer voor de verhuurder. De rechter kan, indien vastgesteld kan worden dat de verhuurder er per saldo niet bij inschiet en deze desondanks vasthoudt aan de opzegging, de opzegging als in strijd met de redelijkheid en billijkheid c.q. als misbruik van recht en derhalve nietig verklaren, vervolgens de indeplaatsstelling (c.q. de gedoogsituatie) toewijzen en de ontruiming afwijzen.

De rechtspraak levert een bonte verzameling van uitspraken – waaronder een incidentele uitglijder van de curator – waarbij de belangen van de verhuurder (die ook om meer persoonlijk getinte redenen weinig fiducie kan hebben in de opvolgende huurder en de opzegging tevens kan aangrijpen om het object, voor welk doel dan ook, vrij van huur te krijgen) botsen met die van de curator (die een goede koopprijs in de boedel kan krijgen waarmee schuldeisers kunnen worden voldaan).[36] Centraal staat hierbij de vraag welk belang daarbij vóór gaat op het andere. Uit de rechtspraak blijkt dat dit afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval. De rechter is volgens vaste rechtspraak op grond van de waardering daarvan volledig vrij een der partijen voorrang te verlenen.[37] In de praktijk gaat het doorgaans om de beantwoording van de drieledige vraag of de huurschuld is weggewerkt, de gepresenteerde nieuwe huurder het bedrijf uit de boedel heeft overgenomen of zal overnemen en de solvabiliteit van de nieuwe huurder kan worden aangetoond.

Indien de verhuurder, zoals hierboven reeds kort is aangeduid, de opzegging ingevolge art. 39 Fw. aangrijpt om zich op eenvoudige wijze van de huurder te verlossen zonder dat daarbij sprake is van daadwerkelijk of dreigende wanbetaling, kan de huuropzegging door de rechter worden gekwalificeerd als in strijd met de redelijkheid en billijkheid, als misbruik van recht dan wel als misbruik van bevoegdheid. Met name is dit het geval indien door de curator dan wel door de in de plaats te stellen huurder een bankgarantie wordt afgegeven waardoor zekerheid voor de verhuurder ontstaat voor eventuele huurachterstanden, de lopende huurtermijn en nog open te vallen huurtermijnen.[38] In een dergelijke omstandigheid is het zeer wel denkbaar dat de rechter zal oordelen dat voor een opzeggingsbevoegdheid geen plaats meer is omdat van

36 Ktr. Leiden 19 december 1990, *NJ* 1991, 571; Pres. Rb. Arnhem 13 februari 1992, *KG* 1992, 99; Pres. Rb. Amsterdam 29 november 1994, *KG* 1994, 450; Ktr. Rotterdam 28 februari 1995, *Prg*. 1995, 4411; Pres. Rb. Arnhem 6 maart 1997, *KG* 1997, 134; Rb. Den Haag 14 juli 1999, *WR* 2000, 72; Rb. Middelburg, 31 juli 2002, *NJ* 2003, 13.

37 HR 7 april 1989, *NJ* 1989, 552.

38 Ktr. Meppel 4 juni 1987, *Prg*. 1987, 2766 en Hof Amsterdam 15 juli 1993, *WR* 1993, 67 (*NJ* 1994, 399).

(dreigende) wanbetaling geen sprake is en elk belang voor de verhuurder bij huurbeëindiging op de voet van art. 39 Fw. is komen te ontvallen.

9.7 Flexibiliteit

Tussentijdse huurbeëindiging duidt doorgaans op een huurder die zich in een benknelde positie bevindt omdat deze zijn verplichtingen (toerekenbaar) niet nakomt. Er is echter één uitzondering: indien sprake is van een overleden huurder. In beide situaties wordt evenwel flexibiliteit geboden die de huurder resp. diens erfgenamen nog enige ruimte wordt geboden. Deze flexibiliteit blijft bestaan ondanks het schrappen van een speciale wettelijke voorziening daarvoor. Art. 7A:1636 lid 2 BW-oud, de 'terme de grâce' is namelijk niet meer in het nieuwe huurrecht teruggekeerd. Deze bepaling werd bij een geslaagde ontbindingsvordering wegens wanprestatie zelfs veelal ambtshalve toegepast, waardoor de huurder nog enigszins door de rechter in bescherming werd genomen. Nu deze bepaling is geschrapt kan de indruk kan ontstaan dat de huurder in het nieuwe huurrecht op het onderdeel van de tussentijdse beëindiging de nodige flexibiliteit moet ontberen. Niets is minder waar.

Exceptie van beraad
Bij tussentijdse beëindiging op vordering van de verhuurder na het overlijden van de huurder biedt het inroepen van de 'exceptie van beraad' gedurende drie maanden bescherming aan met name het (als gevolg hiervan afgescheiden) vermogen van de overledene. Gedurende die periode kunnen de erfgenamen zich beraden over de wijze waarop de nalatenschap al of niet wordt aanvaard. In de praktijk kan deze voorziening hetzelfde effect hebben als de verdwenen terme de grâce.

Ontbinding
Flexibiliteit wordt met name geboden door de lagere jurisprudentie die de regel uit het algemene verbintenissenrecht (art. 6:625 lid 1 BW) en de overeenkomstige leer van de Hoge Raad dat elke wanprestatie ontbinding rechtvaardigt, aanmerkelijk nuanceert. Als gevolg hiervan krijgt de huurder veelal een tweede of en derde kans indien deze de huurschuld – alsnog – aanzuivert. Daarenboven biedt het specifieke huurrecht bedrijfsruimte flexibiliteit door de mogelijkheid van indeplaatsstelling, waardoor de huurder de geleden schade nog kan beperken met de verkoopopbrengst van zijn bedrijf. Hierdoor krijgt de verhuurder een passende nieuwe huurder, waarmee deze met name in neergaande marktsituaties zijn voordeel kan doen. Deze situatie kan zich blijkens vaste jurisprudentie eveneens voordoen indien de huurder in faillissement is komen te verkeren.

10 Indeplaatsstelling

10.1 Grondslag en strekking van indeplaatsstelling

Indeplaatsstelling is een in de wet geregelde contractsovername, waarbij de opvolgende huurder in de rechten en verplichtingen van zijn voorganger treedt.[1] In het nieuwe huurrecht is indeplaatsstelling wettelijk vastgelegd in artikel 7:307 BW en vormt een belangrijke uitzondering op de hoofdregel (art. 6:159 BW in samenhang met artikel 7:201 lid 1 BW) dat een verhuurder niet behoeft te accepteren dat een huurder plaats maakt voor een bepaalde andere huurder.[2] Het belang bij het handhaven van de oorspronkelijke huurcontractuele relatie kan voor de verhuurder van groot belang zijn. Niet alleen omdat deze aanspraken jegens de huurder heeft uit hoofde van de wet en de huurovereenkomst, doch tevens op het punt van diens rechten uit borgtocht, welke laatste rechten bij contractsovername op grond van artikel 6:159 BW in samenhang met artikel 6:157 BW tenietgaan, tenzij de borg instemt met de handhaving ervan.[3]

Het leerstuk van indeplaatsstelling is met name in de wet opgenomen omdat het volgens de wetgever in een bepaalde situatie mogelijk moet zijn dat de verhuurder buiten diens wil een andere huurder krijgt opgedrongen, bijvoorbeeld indien de ondernemer met de verkoopopbrengst van zijn onderneming zijn oudedagsvoorziening wil bekostigen.[4] De rechter kan dit bewerkstelligen door deze situatie te beoordelen en naar aanleiding daarvan de zittende huurder desgevorderd al of niet een daartoe strekkende machtiging te geven. Cruciaal bij indeplaatsstelling is dat de nieuwe huurder als opvolgend exploitant na bedrijfsoverdracht[5] de lopende huurovereenkomst voortzet, en met name op basis van de 'oude' huurprijs. Deze consequentie stuit doorgaans op weerstand bij een verhuurder die wordt verzocht op vrijwillige basis mee te werken aan een indeplaatsstelling. Deze gaat in een stijgende markt liever een nieuwe huurovereenkomst aan op het niveau van een hogere markthuurprijs. Bij een stabiele of dalende markt kan de voorkeur van de verhuurder om deze reden omgekeerd zijn.

---

1 Zie voor een algemene beschouwing over contractsovername: Asser 4-I (Verbintenissenrecht), 2004, nr. 610 e.v., alsook: C. J. H. Brunner en G. T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, 2004, p. 243 e.v.
2 HR 8 februari 1991, *NJ* 1991, 297.
3 HR 12 mei 1995, *NJ* 1995, 497.
4 Kamerstukken II 2000/2001, 16 932, nr. 3.
5 Rb. Amsterdam 4 maart 1998, *WR* 1998, 60.

Het leerstuk is van betekenis indien een in een gehuurd object gevoerde onderneming door de huurder/ondernemer aan een ander wordt overgedragen. Daarbij is het voor de opvolgende exploitant van het bedrijf van cruciaal belang tevens de huurrechten te verwerven van de zittende huurder. Zonder huurovereenkomst op diens naam is exploitatie door de nieuwe eigenaar van de onderneming onmogelijk. Het verwerven van de noodzakelijke huurrechten kan worden gerealiseerd door de opvolgende ondernemer tevens als huurder in diens plaats te stellen. Dit kan met medewerking van de verhuurder geschieden doch ook zonder diens medewerking. De mogelijkheid hiertoe is veelal mede bepalend voor de waarde van de onderneming bij verkoop. Gezien dit aanzienlijke belang moet het recht van de verhuurder om zelf zijn huurcontractspartij te kiezen wijken indien aan de voorwaarden voor indeplaatsstelling is voldaan.

Indeplaatsstelling is zonder dat de rechter eraan te pas komt mogelijk indien de verhuurder uitdrukkelijk akkoord gaat met het feit dat de ene huurder plaatsmaakt voor een andere.[6] Doorgaans worden in dat geval alle huurvoorwaarden door de nieuwe huurder van de zittende huurder overgenomen. In de praktijk komt een dergelijke overeengekomen indeplaatsstelling neer op het opstellen en ondertekenen van een zgn. 'akte tot indeplaatsstelling', waarbij de verhuurder, de zittende huurder en de opvolgende huurder partij zijn. In een dergelijke akte wordt de ingangsdatum vastgelegd, de nieuwe bankgarantie of andersoortige borgstelling geregeld en verklaart de opvolgende huurder zich akkoord met de huurvoorwaarden van diens voorganger. Deze akte wordt vervolgens als aanhangsel ('allonge') aan de lopende huurovereenkomst gehecht en daarmee is de indeplaatsstelling een feit. Vanaf dat moment kan de nieuwe huurder de exploitatie van de door deze overgenomen onderneming aanvangen. Het behoeft evenwel niet altijd op deze wijze te gaan. Met name wanneer de verhuurder een verzoek tot indeplaatsstelling in de praktijk aangrijpt om de huurprijs te verhogen of anderszins de huurvoorwaarden in diens voordeel aan te passen of andere (extra) voorwaarden stelt, moet de rechter eraan te pas komen.

De wetgever hecht in het kader van het nieuwe huurrecht grote waarde aan de mogelijkheid van de huurder tot indeplaatsstelling. Dit komt op diverse manieren naar voren. Zo is artikel 7:307 BW in het nieuwe huurrecht het enige artikel van het huurrecht bedrijfsruimte waarvan krachtens het bepaalde in artikel 7:291 lid 2 BW, ook niet met goedkeuring van de rechter, niet kan worden afgeweken, ook indien die afwijking niet in het nadeel van de huurder is. Met name dit laatste wekt niet alleen verwondering, het is ook veelzeggend voor het kennelijke geringe vertrouwen van de wetgever in het semi-dwingend recht in algemene zin: zelfs een afwijking niet in het nadeel wordt met achterdocht tegemoet getreden. Hoe het ook zij, het gevolg is dat indeplaatsstelling niet op voorhand, bijvoorbeeld in de huurovereenkomst, door de verhuurder kan worden uitgesloten dan wel anderszins aan banden kan worden gelegd. Dit bevordert de bedrijfsoverdracht en verhoogt de waarde bij verkoop van het bedrijf, hetgeen de

6 Gerechtshof Den Haag 21 februari 1985, *NJ* 1987, 776.

zittende huurder ten goede komt. Daarnaast kan indeplaatsstelling krachtens artikel 7:307 BW niet alleen door de huurder zelf geschieden, maar tevens door een ander die het bedrijf daadwerkelijk exploiteert, bijvoorbeeld een onderhuurder, al of niet in de horecabranche op basis van en brouwerijcontract, of een franchisenemer. Dit nieuwe element sluit aan op de jurisprudentie die onder het oude huurrecht is ontwikkeld. Daarnaast biedt artikel 7:307 BW een ruime toetsingsmogelijkheid voor de rechter omdat deze een oordeel kan geven 'met inachtneming van de omstandigheden van het geval'. Aldus is de wettelijke regeling van indeplaatsstelling ten behoeve van de huurder met diverse waarborgen omkleed.

10.2 Het belang van het voorbehoud tot indeplaatsstelling bij bedrijfsoverdracht

Voorop staat dat de zittende huurder de huurovereenkomst conform de overeengekomen bestemming dient te gebruiken en aan al diens overige huurdersverplichtingen jegens de verhuurder moet voldoen. Deze verplichtingen veranderen in geen enkel opzicht indien de huurder met een derde in onderhandelingen is verwikkeld teneinde de in het gehuurde gevoerde onderneming te verkopen.[7] Evenmin veranderen deze verplichtingen indien de koop is gesloten en de nieuwe eigenaar de exploitatie wil aanvangen. Vooraleer de nieuwe eigenaar van de onderneming met toestemming van de verhuurder dan wel met toestemming van de rechter in de plaats is gesteld van de zittende huurder, blijven de rechten en verplichtingen van verhuurder en de oorspronkelijke huurder onverkort over en weer bestaan.
Het is dus laakbaar indien de nieuwe exploitant, zonder de uitdrukkelijke toestemming van de verhuurder, reeds zijn intrek in het gehuurde neemt. Een dergelijke situatie leidt meteen tot de vaststelling van wanprestatie van de zittende huurder, waardoor deze (en de onbevoegdelijke gebruiker van het object) een acuut ontbindings- en ontruimingsrisico loopt. Raadzaam is dat de zittende huurder in diens onderhandelingen met de opvolgende exploitant van het bedrijf een uitdrukkelijk (schriftelijk) voorbehoud maakt voor de nog te realiseren indeplaatsstelling. [8] Dit is niet alleen in het belang van de huurder, maar tevens in dat van de beoogde nieuwe huurder, omdat deze geen onderneming zal willen kopen die niet te exploiteren valt vanwege het ontbreken van een huurovereenkomst. Indien de onderhandelingen tot overeenstemming leiden, zal het voorbehoud aangaande de indeplaatsstelling definitief contractueel moeten worden vastgelegd. Afhankelijk van de belangen over en weer kan dit gebeuren door het opnemen van een ontbindende voorwaarde dan wel een opschortende voorwaarde in de overnameovereenkomst.

---

7 Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 13 maart 2003, *WR* 2003, 41.

8 Zie voor een algemene beschouwing over voorwaardelijke verbintenissen: Asser 4-I (Verbintenissenrecht), 2004, p. 120 e.v.

10.3 Het moment waarop indeplaatsstelling moet worden gevorderd

Reeds tijdens de onderhandelingen tussen de huurder en zijn beoogde opvolger is het raadzaam in overleg met de verhuurder te treden teneinde te bezien of deze vrijwillig met indeplaatsstelling akkoord kan gaan of dat een oordeel van de rechter noodzakelijk is. Gaat de verhuurder niet akkoord, dan kan de huurder de verhuurder op twee manieren in rechte betrekken. Niet alleen door het opstarten van een bodemprocedure door de zittende huurder, waarbij gevorderd wordt dat de nieuwe exploitant als huurder in diens plaats wordt gesteld, maar tevens door het prompt aanvangen van een kort geding, waarbij gevorderd wordt door de zittende huurder dat de verhuurder moet gedogen dat de beoogde nieuwe huurder gebruikmaakt van het object, in afwachting van de definitieve uitslag in de bodemprocedure. Met name de als laatste vermelde contractuele voorziening is in de praktijk in de meeste gevallen effectief gebleken.[9]

Het instellen van een vordering strekkende tot indeplaatsstelling, nadat de overdracht van het bedrijf heeft plaatsgevonden, levert in beginsel ernstige wanprestatie op die ontbinding rechtvaardigt.[10] De rechtspraak wijst evenwel uit dat, afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval, in beginsel een *kleine* overschrijding, dat wil zeggen enkele weken, kan worden gebillijkt.[11] In beginsel is het mogelijk in het kader van een door de verhuurder ingestelde ontbindingsvordering een tegenvordering strekkende tot indeplaatsstelling in te stellen, hoewel de huurder in een dergelijke situatie vanuit strategisch oogpunt op grote achterstand staat. Niettemin kan de rechter de huurder de helpende hand bieden zodra de feitelijke grondslag van de ontbindingsvordering is ontzenuwd door ter comparitie van partijen een betalingsregeling te bewerkstelligen, zodat tenminste *dat* obstakel om te komen tot een indeplaatsstelling is weggenomen.[12] Hieraan dient te worden toegevoegd dat indien eerst na de feitelijke overdracht indeplaatsstelling wordt gevorderd, die feitelijke overdracht op zichzelf beschouwd geen (extra) zwaarwegend belang oplevert, hetgeen overigens weinig verbazing zal wekken.[13]

9 Ktr. Meppel 22 november 1993, *KG* 1994, 38; HR 11 februari 1994, *NJ* 1994, 651; Pres. Rb. Den Haag 11 maart 1996, *JOR* 1996, 37, Ktr. Maastricht 9 oktober 1996, *WR* 1997, 39; Pres. Rb. Arnhem 6 maart 1996, *JOR* 1997, 56; Ktr. Amsterdam 2 juni 1998, *Prg*. 1998, 4996 en Ktr. Amsterdam 14 april 2003, *WR* 2003, 65.

10 HR 22 juni 1984, *NJ* 1984, 766; HR 7 april 1989, *NJ* 1989, 552 en HR 8 februari 1991, *NJ* 1991, 297.

11 Pres. Rb. Amsterdam 30 juli 1992, *KG* 1992, 268; Rb. Amsterdam 25 september 1996, *WR* 1997, 28; HR 12 februari 1999, *NJ* 1999, 366 in samenhang met Rb. Alkmaar 3 april 1997, *WR* 1997, 67 en HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 408 en 409.

12 Ktr. Zutphen 9 april 2002, *WR* 2003, 17.

13 HR 16 juni 1978, *NJ* 1979, 22.

10.4 De huurder is degene die indeplaatsstelling vordert

Het instellen van een vordering strekkende tot indeplaatsstelling geschiedt door de zittende huurder die een machtiging vordert tot het als huurder in diens plaats stellen van de opvolgende exploitant. In het nieuwe artikel 7:307 lid 1 BW is de in de rechtspraak ontwikkelde regel gecodificeerd dat het hierbij niet alleen behoeft te gaan om de huurder die zijn bedrijf in het gehuurde uitoefent, maar ook om een ander die in het gehuurde een bedrijf uitoefent.[14] Daarbij dient men in de praktijk te denken aan een textielconcern dat haar vastgoed in een andere vennootschap dan de winkelexploitatie binnen hetzelfde concern heeft ondergebracht. Voorwaarde hierbij is wel dat de huurder over de onderneming beschikkingsbevoegd is.[15]

10.5 De voorwaarden voor indeplaatsstelling

Voor een kansrijke vordering tot indeplaatsstelling moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan. Ten eerste is vereist een beoogde overdracht van het door de huurder dan wel door een ander uitgeoefende bedrijf dat vanuit het gehuurde wordt geëxploiteerd (art. 7:307 lid 1 BW). Daarnaast geldt als voorwaarde dat de huurder of de betreffende andere een zwaarwichtig belang heeft bij de overdracht van het bedrijf (art. 7:307 lid 2 BW). Voorts is van belang dat de nieuwe huurder voldoende waarborgen biedt voor een volledige nakoming van de huurovereenkomst en voor een behoorlijke bedrijfsvoering (art. 7:301 lid 3 BW). Onderstaand worden deze drie voorwaarden nader behandeld.

10.5.1 De bedrijfsoverdracht

De overdracht
Aan een vordering strekkende tot het verkrijgen van een machtiging tot indeplaatsstelling dient een bedrijfsoverdracht van de zittende huurder aan de beoogde opvolgende huurder ten grondslag te liggen. Het gaat in dit geval om een oorzakelijk verband met de noodzaak tot indeplaatsstelling: het bedrijf is overgedragen en als gevolg daarvan is overname van de huurovereenkomst nodig. Bij overdracht van een bedrijf dient sprake te zijn van daadwerkelijke eigendomsoverdracht aan een derde. Ook huurkoop is hier onder te scharen. Het verpachten c.q. verhuren van een bedrijf aan een derde evenwel niet,[16] evenmin als het overdragen van aan delen aan een andere vennootschap. Zonder dat sprake is van een eigendomsoverdracht is indeplaatsstelling dus niet alleen niet mogelijk maar bovenal niet noodzakelijk. Maar ook bij en ogenschijnlijke overdracht is enige oplettendheid vereist. Indien een onderneming namelijk met verlies draait, geen

14 HR 8 mei 1992, *NJ* 1992, 690.
15 HR 16 juni 1995, *NJ* 1995, 582.
16 HR 5 december 1973, *NJ* 1973, 154; Rb. Utrecht 21 maart 1973, *NJ* 1973, 444 en HR 8 februari 1991, *NJ* 1991, 297.

goodwill heeft en de indeplaatsstelling ook overigens louter wordt voor- en aangewend teneinde een ander de huurrechten te verschaffen kan op een afwijzend oordeel van de rechter rekenen.[17]

Vervolgens dringt de vraag zich op door wie het bedrijf dient te worden overgedragen. Het is op grond van artikel 7:307 lid 1 BW niet noodzakelijk dat dit de huurder zelf is. Op het punt van de hierboven reeds aangehaalde verruimde werking van artikel 7:307 BW naar aanleiding van vaste rechtspraak die onder de vigeur van het oude huurrecht is ontwikkeld, is van belang dat niet alleen de huurder maar ook een ander het bedrijf kan exploiteren. Men dient hierbij bijvoorbeeld te denken aan de mogelijkheid dat een bedrijfsobject gehuurd wordt door een vastgoedvennootschap maar de winkelexploitatie zich in een andere vennootschap binnen hetzelfde grootwinkelconcern bevindt. Een ander voorbeeld is een onderhuurder of een franchisenemer. De exploitatie en overdracht van het bedrijf door een dergelijke andere dan de huurder mag er niet aan in de weg staan dat de huurder een vordering tot indeplaatsstelling kan instellen. Voorwaarde is wel, zoals eveneens hierboven reeds is aangegeven, dat de in het gehuurde gevestigde onderneming aan de huurder die indeplaatsstelling vordert, toebehoort dan wel dat er sprake is van beschikkingsbevoegdheid van de huurder ten opzichte van de betreffende andere exploitant.

Het onderscheid tussen hetgeen enerzijds wel en anderzijds niet onder indeplaatsstelling zoals bedoeld in de wet kan worden geschaard, is niet altijd eenvoudig te maken. Zo kan de overdracht van het bedrijf van de huurder aan de onderhuurder niet als een zuivere bedrijfsoverdracht als bedoeld in artikel 7:307 lid 1 BW worden aangemerkt.[18] Evenmin is de inbreng van een eenmanszaak in een besloten vennootschap aan te merken als bedrijfsoverdracht in de zin van artikel 7:307 lid 1 BW.[19] Bepalend voor het maken van het onderscheid is de beantwoording van de vraag of er sprake is van de overdracht van een bedrijf of dat slechts de rechtspositie van de huurder aan een ander wordt overgedragen. Het laatste geval is een contractsoverdracht, hetgeen niet in artikel 7:307 BW geregeld wordt omdat het geen huurrechtelijk doch een puur verbintenisrechtelijke kwestie is en beheerst wordt door artikel 6:159 BW. Voor gedwongen medewerking aan een dergelijke contractsoverdracht door de verhuurder bestaat in zijn algemeenheid alleen onder zeer zwaarwegende omstandigheden reden, met name indien bij de verhuurder geen enkel te respecteren belang aanwezig is om niet aan contractsoverdracht mee te werken; weigering zou in dat geval misbruik van het recht om niet mee te werken opleveren. Een dergelijke situatie zal zich evenwel niet vaak voordoen.[20]

---

17 Gerechtshof Amsterdam 28 augustus 2003, *WR* 2003, 84.

18 HR 16 juni 1995, *NJ* 1995, 582.

19 Pres. Rb. Arnhem 6 maart 1997, *KG* 1997, 134; Ktr. Dordrecht 6 februari 1997, *WR* 1997, 68; Rb. Amsterdam 4 maart 1998, *WR* 1998, 60 en HR 12 februari 1999, *NJ* 1999, 366.

20 Ktr. Maastricht 4 maart 1998, *WR* 1998, 52.

De aard van het bedrijf
Er is eerst sprake van een bedrijfsoverdracht als bedoeld in artikel 7:307 BW indien het in het gehuurde uitgeoefende bedrijf wordt overgedragen. Een slager kan diens bedrijf niet met behulp van indeplaatsstelling aan een bevriende caféhouder overdragen, die de slagerij vervolgens staakt en in het gehuurde een cafébedrijf opent. Niet alleen is indeplaatsstelling in een dergelijk geval onmogelijk, omdat geen sprake is van bedrijfsoverdracht doch slechts van onbevoegdelijke contractsoverneming, maar tevens wordt de (contractuele) bestemming geschonden. Dit levert wanprestatie jegens de verhuurder op, waardoor risico op ontbinding van de huurovereenkomst en ontruiming bestaat, welk risico acuut is en in het hierboven gegeven voorbeeld wordt gelopen door de caféhouder. Het bedrijf wordt bij een zuivere indeplaatsstelling immers slechts overgedragen. Het bedrijf blijft per definitie in het gehuurde gevestigd, met dezelfde bestemming als waarin de huurovereenkomst voorziet.[21] Wel is er enige vrijheid voor de nieuwe exploitant en opvolgend huurder de bedrijfsexploitatie aan te passen aan een gewijzigde verkoopformule. Een ander assortiment na bedrijfsoverdracht is in beginsel niet van doorslaggevende betekenis voor een indeplaatsstelling.[22]

10.5.2 Het zwaarwichtige belang bij bedrijfsoverdracht

Ook het vereiste van het zwaarwichtige belang is in het nieuwe huurrecht teruggekeerd. Uit de Parlementaire Geschiedenis die ten grondslag lag aan het oude huurrecht blijkt de strekking van het vereiste:[23]

> Immers, er is geen reden tegen de wil van de verhuurder een andere huurder door de rechter te doen aanwijzen indien de huurder zijn bedrijf zal kunnen overdragen aan een kandidaat-huurder die de voorkeur van de verhuurder heeft en die overdracht van het bedrijf ook overigens voor de huurder dezelfde voordelen biedt.

De rechter heeft volledige vrijheid de aangedragen feiten en omstandigheden te waarderen en vervolgens te beoordelen of deze voldoende aanleiding vormen om vast te stellen dat van zwaarwichtig belang sprake is. De inbreng van een onderneming in een vennootschap is blijkens de Parlementaire Geschiedenis een zwaarwegend belang. Daarnaast kan de specifieke persoon van een opvolgende huurder een rol spelen,[24] zeker indien deze reeds onderhuurder was,[25] of de bereidheid van een bepaalde koper een hoge koopprijs te betalen.[26] Tevens kan het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de zittende huurder een factor van betekenis zijn.

---

21 Rb. Haarlem 23 december 1975, *NJ* 1976, 390 en Ktr. Lelystad 10 juli 1996, *WR* 1997, 10.
22 Hof Den Bosch 18 juli 1995, *NJ* 1996, 289.
23 Kamerstukken II (MvA) 1969/1970, 8 875, nr. 6, p. 1.
24 HR 14 oktober 1983, *NJ* 1984, 107.
25 HR 7 april 1989, *NJ* 1989, 552.
26 Rb. Amsterdam 11 september 1996, *WR* 1997, 27

Het zwaarwichtige belang van de huurder kan (ten minste) worden geneutraliseerd indien de verhuurder het pand voor zichzelf verlangt. Dit nauw aan opzegging en beëindiging wegens 'dringend eigen gebruik' gelieerde belang mag volgens de Hoge Raad in de beoordeling van de rechter aangaande een vordering tot indeplaatsstelling een rol spelen bij de afweging van belangen over en weer. Dit belang wordt evenwel niet zo zwaarwegend meegewogen als in een beëindigingsprocedure zou geschieden. Voor het geval de vordering tot indeplaatsstelling zou worden afgewezen wegens een doorslaggevend belang van de verhuurder zoals hiervoor vermeld, dient de verhuurder, ter daadwerkelijke effectuering van diens indeplaatsstelling, een daartoe strekkende (voorwaardelijke) reconventionele vordering in te stellen.[27]

Ook kan ziekte van de huurder, waardoor deze niet langer in staat is de onderneming uit te oefenen, een zwaarwichtige omstandigheid zijn. Zo overwoog de kantonrechter Amsterdam aangaande de wettelijke indeplaatsstellingsmogelijkheid dat deze onder meer ertoe strekt aan de huurder van bedrijfsruimte een zekere bescherming te bieden tegen onnodig verlies van investeringen en goodwill, ook indien een huurder door omstandigheden (ziekte) niet langer in staat is het in het gehuurde aanwezige bedrijf uit te oefenen. In een dergelijk geval heeft een huurder er belang bij zijn bedrijf te kunnen verkopen voor een redelijke prijs. Mede omdat de verhuurder aanvankelijk wilde meewerken aan indeplaatsstelling wees de kantonrechter de vordering van de huurder toe, waarbij deze de beschermingsgedachte zwaarder liet meewegen dan het feit dat van een daadwerkelijk uitgeoefende onderneming op het moment van de overdracht geen sprake was.[28]

Indien de huurder in behoorlijke mate met de voorgestelde nieuwe huurder te vereenzelvigen is, met name als deze als rechtspersonen tot hetzelfde concern behoren, bestaat dienovereenkomstig een zwaarwichtiger belang.[29] Zoals hierboven is aangegeven levert het argument dat de feitelijke overdracht van het bedrijf reeds heeft plaatsgevonden, geen extra zwaarwegend belang op, temeer nu een dergelijke situatie wanprestatie jegens de verhuurder oplevert.

10.5.3 Het bieden van voldoende waarborgen

De huurder zal moeten aantonen dat de nieuw voorgestelde huurder voldoende solvabel is (bijvoorbeeld door het aanbieden van de vooruitbetaling van drie maandelijkse huurtermijnen en het stellen van een deugdelijke bankgarantie) teneinde enerzijds aan zijn huurdersverplichtingen te kunnen voldoen en anderzijds een behoorlijke bedrijfsvoering erop na te kunnen houden. Wat dit laatste element betreft, zal de nieuw

27 HR 4 oktober 2002, *NJ* 2002, 611.
28 Ktr. Amsterdam 14 september 2001, *WR* 2002, 24.
29 Ktr. Amsterdam 1 december 1994, *WR* 1995, 20 en Rb. Groningen 10 november 1995, *WR* 1996, 60.

voorgestelde huurder in elk geval zelf bij de exploitatie betrokken moeten zijn[30]. Ook van de oude huurder kan wat worden verlangd. Een door deze aangeboden bankgarantie van drie maanden in combinatie met een identieke door de opvolgende huurder te stellen bankgarantie vormen een ruimschoots voldoende waarborg.[31]

10.6 De rol van de rechter

10.6.1 Het toetsingskader van de rechter

De rechter heeft een ruime toetsingsmogelijkheid, omdat artikel 7:307 lid 2 BW bepaalt dat deze moet beslissen 'met inachtneming van de omstandigheden van het geval'.[32] Daaraan wordt in hetzelfde artikellid toegevoegd dat de rechter slechts bij een gebleken zwaarwichtig belang van de huurder bij bedrijfsoverdracht de vordering slechts kan toewijzen en moet afwijzen indien de voorgestelde huurder niet voldoende waarborgen biedt voor een volledige nakoming van de overeenkomst en voor een behoorlijke bedrijfsvoering. Indien aan alle wettelijke voorwaarden om te komen tot een machtiging tot indeplaatsstelling is voldaan, dan dient volgens vaste rechtspraak, als het verweer van de verhuurder daartoe aanleiding geeft, ten slotte nog een belangenafweging plaats te vinden, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de belangen van de verhuurder bij het achterwege blijven van indeplaatsstelling.[33]

10.6.2 De machtiging

Op de voet van artikel 7:307 lid 4 BW kan de rechter aan de machtiging voorwaarden verbinden of daarbij een last opleggen, waarbij deze volgens vaste rechtspraak de vrijheid heeft af te wijken van hetgeen partijen zelf reeds zijn overeengekomen.[34]
De rechter treedt daarbij met behulp van de redelijkheid en de billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) in de uitvoering van de overeenkomst. Zo kan de rechter (zelfs ambtshalve) als voorwaarde stellen dat de nieuwe huurder zich garant stelde voor reeds opengevallen huurtermijnen[35] of voor een bankgarantie voor toekomstige en nog open te vallen huurtermijnen.[36] Daarnaast kon de rechter de voorwaarde opleggen dat, vanwege het feit dat de rechten uit borgtocht op grond van artikel 6:157 lid 2 BW bij indeplaatsstelling vervielen, de oorspronkelijk borgstellers zich garant stelden voor betaling van

30 Rb. Amsterdam 25 september 1996, *WR* 1997, 28.
31 Ktr. Amsterdam 26 augustus 2003, *WR* 2003, 76.
32 Uit Gerechtshof Arnhem 18 maart 2003, *JHV* 2004, 77/*WR* 2003, 49 blijkt dat zelfs emotionele bezwaren aan een indeplaatsstelling in de weg kunnen staan. Gekker dan dit moet het natuurlijk niet worden.
33 HR 5 februari 1993, *NJ* 1993, 506.
34 HR 4 december 1973, *NJ* 1974, 127.
35 Ktr. Amsterdam 17 mei 1974, *Prg.* 1974, 996.
36 Ktr. Breda 14 november 2001, *WR* 2002, 34.

de huurprijs. De vrijheid van de rechter is evenwel niet onbegrensd. Zo kan de rechter niet een hogere huurprijs als voorwaarde vaststellen.[37]

10.7 De rechtsgevolgen van indeplaatsstelling

Indeplaatssteling heeft als gevolg dat de huurovereenkomst een nieuwe huurcontractspartij krijgt op basis van contractsovername krachtens artikel 6:157 BW en artikel 6:159 BW in samenhang met artikel 7:307 BW: de zittende huurder wordt ingewisseld voor de nieuwe huurder. De nieuwe huurder treedt in alle rechten en verplichtingen van de voormalige huurder.[38] Dit laat uiteraard onverlet dat bijvoorbeeld bij de 'akte tot indeplaatsstelling' die als allonge aan de huurovereenkomst wordt gehecht, afwijkende afspraken kunnen worden gemaakt. Tevens laat het onverlet dat partijen ook gebonden zijn aan de door de rechter aan de machtiging strekkende tot indeplaatsstelling verbonden voorwaarde(n) of last(en).

10.8 Rechtsvergelijking

10.8.1 België

Er bestaat geen Belgische variant van art. 7:307 BW als zodanig omdat België het begrip 'indeplaatsstelling' niet kent. Wel kent België art. 10 Handelshuurwet (van semi-dwingend recht), een artikel waarin 'overdracht van huur' wordt geregeld, een begrip dat materieel ziet op indeplaatsstelling. Uit de jurisprudentie blijkt dat op de handhaving van het semi-dwingendrechtelijke karakter van (o.a.) art. 10 streng wordt toegezien. Illustratief is de navolgende frase:[39]

> Het verbod om een huurovereenkomst over te dragen of onder te verhuren, gecombineerd met het artikel 10 op de handelshuurwet, kan de overdracht of de onderverhuring die gezamenlijk gevoerd wordt met de overdracht of de onderverhuring van het handelsfonds niet in de weg staan. In dat geval moet nochtans deze dubbele overdracht of onderverhuring slaan op het geheel van de rechten van de hoofdhuurder. Het niet respecteren van deze voorwaarde verantwoordt de verbreking van de huurovereenkomst lastens de huurder

Art. 10 Handelshuurwet is een uitvloeisel van het commune art. 1717 BW op grond waarvan de huurder in beginsel mag onderhuren en zelfs zijn huurovereenkomst aan een ander mag overdragen, indien dit recht hem niet contractueel is ontzegd[40]. De Handelshuurwet handhaaft dit principe voor de categorie bedrijfsruimte in art. 10.

37 Ktr. Hilversum 20 maart 1979, *NJ* 1980, 153.
38 Hof Den Haag 21 februari 1985, *NJ* 1987, 776.
39 Vred. Andenne, 25 oktober 1979, *Jur. Liège*, 1980, 103.
40 Pauwels e.a *Bestendig handboek huishuur en handelshuur*, (losbl.) p. C-VI-1-1.

Deze bepaling is van toepassing indien de overeenkomst een (gebruikelijk) overdrachtsverbod bevat:[41] 'La cession est libre si le bail ne contient pas de clause d'interdiction'[42]. Dan bedrijfsruimte kan hierop een beroep doen indien:

1. de overdracht samenvalt met de overdracht of verhuring van het bedrijf;
2. de overdracht volledig is (geen gedeeltelijke overdracht); [43]
3. de verhuurder of diens familie geen gedeelte van het onroerend goed 'bewonen';
4. de redenen die door de verhuurder werden aangehaald om zich tegen de overdracht te verzetten door de rechter ongegrond zijn verklaard;
5. de huurder die wenst over te gaan tot overdracht zich aan strenge formaliteiten onderwerpt.

Ook hier is, net als in het Nederlandse recht, relevant dat er nimmer ten nadele van de huurder van dit artikel mag worden afgeweken.

De overdracht van een huurovereenkomst is, gelijk als in Nederland, een bijzondere vorm van contractsovername; de opvolgend huurder treedt in de rechten en plichten van zijn rechtsvoorganger, waaronder het betalen van huurpenningen.[44] Niettemin blijft de rechtsvoorganger, anders dan in Nederland, hoofdelijk aansprakelijk jegens de verhuurder, zij het dat deze verplichting niet van dwingendrechtelijke aard is[45], zodat het partijen vrij staat anderszins overeen te komen. Voor wat betreft het tijdstip van de overdracht geldt dat van huuroverdracht sprake is zodra verhuurder en huurder (binnen het kader van artikel 10 Handelshuurwet) wilsovereenstemming hebben bereikt, willekeurig of hieraan reeds uitvoering is gegeven[46].

Gang van zaken

Indien een huurder huuroverdracht beoogt zal deze dit krachtens art. 10 lid 3 Handelshuurwet aan de verhuurder kenbaar moeten maken door middel van een aangetekende brief of deurwaardersexploot.[47] Uit de Belgische rechtspraak blijkt dat een te late kennisgeving van beoogde huuroverdracht (dat wil zeggen nadat de overdracht heeft plaatsgevonden als nietig moet worden beschouwd[48]. Tegen het voornemen tot

41 Bergen, 21 januari 1981, *Pas.* 1981, II, 54 noot.
42 E. Cusas e.a., *Le bail commercial*, Brussel: Kluwer 2000, p. 141.
43 Hier wordt streng op toegezien: Hof van Cassatie 29 april 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 1154.
44 Cass. 17 februari 1972, *Arr. Cass.* 1972, 560.
45 A. Pauwels, p. C-VI-2-18 (zie noot 9).
46 Y. Merchiers, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen: Kluwer, 2000, p. 149.
47 De rechtspraak is verdeeld over de vraag wat aan de verhuurder moet worden betekend: een voorstel, een ontwerp-akte of de ondertekende akte zelf (c.a.). Zie: Pauwels, nr. C-VI-2-4 t/m 7. Immers, de verhuurder gaat de details van de overdrachtsafspraken niets aan (Vred. Sint-Gillis, 17 oktober 1991, *T. Vred.* 1993, 38). De heersende leer in de literatuur is dat de laatste variant elke twijfel bij de verhuurder over de aard van de overdracht wegneemt en dus de voorkeur heeft. Zie ook: E. Cusas, A. Devreux e.a., (onder red. van P. Jadoul), *Le bail commercial*, Brussel, 2000, p. 147 e.v.
48 Burgerlijke Rechtbank van Nijvel 25 april 1956, *Rec. Jur. Ni.*, p. 79.

huuroverdracht kan de verhuurder zich krachtens art. 10 lid 4 verzetten (indien de huurovereenkomst minder dan twee jaar eerder is aangevangen dan wel is herzien – dit teneinde speculatie tegen te gaan[49]). door dit binnen 30 dagen na ontvangst van de kennisgeving per aangetekende brief of deurwaardersexploot met redenen omkleed aan de huurder kenbaar te maken (op straffe van nietigheid). Wanneer de verhuurder dit nalaat, wordt deze geacht met de huuroverdracht in te stemmen[50]. Het voorschrift dat verzet met redenen omkleed moet zijn strekt ertoe te voorkomen dat de huurder, die over een betrekkelijk korte termijn beschikt om bezwaar aan te tekenen, gedwongen wordt om een procedure te beginnen zonder de redenen van de verhuurder te kennen. De huurder kan tegen verzet van de verhuurder binnen een termijn van 15 dagen bezwaar aantekenen bij de 'vredesrechter'. Opmerkelijk bij deze procedure is dat volgens de wet de verhuurder dient te worden aangemerkt als eisende partij, terwijl de huurder het procesinitiatief neemt. Indien de huurder nalaat binnen de gestelde termijn bezwaar aan te tekenen is sprake van 'verjaring' met als gevolg dat de huurder het voordeel van de beoogde overdracht verliest. In de literatuur zijn enkele auteurs van mening dat de huurder hierdoor definitief het recht heeft verloren om de huurovereenkomst over te dragen[51]. In de rechtspraak wordt dit enigszins genuanceerd omdat daaruit blijkt dat het overdreven zou zijn de huurder, die de uiterst korte termijn voor het aantekenen van bezwaar tegen het verzet laat voorbijgaan, te beroven van de mogelijkheid een ander voorstel in te dienen[52]. Het verzet van de verhuurder kan gegrond worden verklaard indien deze berust op 'gegronde redenen' of 'ernstige redenen', bijvoorbeeld indien de huurder niet heeft voldaan aan de gestelde formaliteiten. Uitgangspunt van de rechter is doorgaans dat de huuroverdracht geen afbreuk mag doen aan de rechten van de verhuurder. De redenen welke door de verhuurder kunnen worden aangevoerd om te voorkomen dat de huur wordt overgedragen zullen inherent zijn aan de belangen en wensen van de verhuurder.

Conclusie

Uit het samenstel van wettelijke bepalingen en uit vaste jurisprudentie kan worden afgeleid dat indeplaatsstelling (1) gepaard gaat met de bedrijfsoverdracht, (2) gepaard gaat met de volledige overdracht van alle rechten van de huurder, (3) niet gepaard gaat met achterblijvende familie in een gedeelte van het object, (4) niet met vrucht door de verhuurder is bestreden, (5) op de juiste wijze moet worden geformaliseerd (vastlegging in akte en de betekening aan verhuurder van het voornemen). Ondanks het belang in het rechtsverkeer van bedrijfsoverdracht en de daarmee samenhangende mogelijkheid tot indeplaatsstelling (c.q. de semi-dwingendrechtelijke wettelijke voorziening daartoe) lijkt de rechterlijke toetsing minder zwaar dan in art. 7:307 BW. Met name het feit dat een minder alerte verhuurder aan indeplaatsstelling vast zit indien

49 Vred. Gent, 7e kanton, 28 september 1981, *R.W.*, 1982/83, 1004, nt.
50 Cass. 3 februari 1958, *Pas.* 1958, I, 645.
51 M. la Haye en J. Vankerckhove, *Les Novelles*, nr. 1700, p. 162-163.
52 Burgerlijke Rechtbank van Brussel 15 november 1956, *J.T.*, 237, nr. 91.

deze niet tijdig reageert, onderscheidt de Belgische regeling van de Nederlandse. Hoezeer ook de behoefte aan flexibiliteit met de Belgische regeling is gediend, heeft een betrekkelijk zware rechterlijke toetsing zoals waarin art. 7:307 BW voorziet, vanuit het oogpunt van rechtszekerheid de voorkeur.

10.8.2 **Frankrijk**

Het Franse systeem van de 'cession du bail' is dwingendrechtelijk geregeld in het commune art. 1717 van de Code Civil en identiek aan de hierboven behandelde Belgische wettelijke regeling op basis van art. 10 handelshuurwet.

10.8.3 **Zwitserland**

Algemeen
De Zwitserse wettelijke regeling met betrekking tot indeplaatsstelling is vastgelegd in art. 263 CO, waarvan de tekst als volgt luidt:

> Le locataire d'un local commercial peut transférer son bail à un tiers avec le consentement écrit du bailleur. (lid 1)
> Le bailleur ne peut refuser son consentement que pour de justes motifs. (lid 2)
> Si le bailleur donne son consentement, le tiers est subrogé au locataire. (lid 3)
> Le locataire est libéré de ses obligations envers le bailleur. Il répond toutefois solidairement avec le tiers jusqu'à l'expiration de la durée du bail ou la résiliation de celui-ci selon le contrat ou la loi mais, dans tous les cas, pour deux ans au plus. (lid 4)

Lid 1 t/m 3 van art. 263 CO zijn van absoluut dwingend recht. De tweede zin van lid 4 is van semi-dwingend recht:[53] er mag van worden afgeweken, doch slechts ten behoeve van de huurder. De huurder blijft namelijk na overdracht van de huurovereenkomst, naast de nieuwe huurder, in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor de nakoming van de huurdersverplichtingen tot het einde van de huur doch gedurende maximaal twee jaar. De verhuurder kan krachtens 263 CO vierde lid tweede zin, de oorspronkelijke huurder van zijn 'Haftung' ontslaan.[54]

Naar Zwitsers recht spreekt men niet van indeplaatsstelling doch van overdracht. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen huurovereenkomsten voor bepaalde tijd en voor onbepaalde tijd. De indeplaatsstelling speelt vooral bij huurovereenkomsten voor bepaalde tijd een rol. Huurovereenkomsten voor onbepaalde tijd kunnen namelijk eenvoudig worden opgezegd. Ingevolge art. 266d CO kan dit immers geschieden met

53 D. Lachat, *Commentaire Code des Obligations I,* Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 1374.
54 L. Thévenoz, F. Werro, *Code des Obligations I,* Genève: Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 1374; J. K. Kostkiewicz e.a., *OR. Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht,* Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2002, p. 271.

inachtneming van een opzegtermijn van zes maanden en tegen een tijdstip dat wordt bepaald door 'plaatselijk gebruik' en bij gebrek daarvan, aan het einde van een periode van drie maanden.[55]

Voorwaarden voor indeplaatsstelling
Omdat art. 263 CO van overwegend dwingend recht is, is de overdracht van huur slechts onder bepaalde voorwaarden toegestaan. Zo moet er sprake zijn van een nog lopende huurovereenkomst; indien reeds een verzoek tot beëindiging is gedaan en deze uitgesproken is, kan geen indeplaatsstelling meer worden verzocht.[56]

Een belangrijker voorwaarde is dat sprake moet zijn van een daadwerkelijke bedrijfsoverdracht. Dit vereiste ontbeert een wettelijke grondslag (in tegenstelling tot art. 7:307 BW), maar is in literatuur en jurisprudentie algemeen aanvaard. Een bewijs hiervoor kan gevonden worden in de overgang van activa en passiva, hetgeen wordt beoordeeld krachtens art. 181 CO.[57] Evenzo belangrijk is de derde voorwaarde: de toestemming van de verhuurder. Deze toestemming dient op straffe van nietigheid schriftelijk en binnen een redelijke termijn[58] te geschieden en bewerkstelligt dat de huurder definitief plaats maakt voor zijn rechtsopvolger (behoudens diens voortdurende hoofdelijke aansprakelijkheid krachtens art. 263 lid 4 CO tweede zin).[59] Deze toestemming kan overigens op ook op voorhand in de huurovereenkomst worden opgenomen.[60] Aan de toestemming kunnen voorwaarden worden verbonden welke veelal verband houden met de zwaarwegende gronden die de verhuurder ertoe had kunnen brengen toestemming te onthouden. Evenals bij het soortgelijke art. 262 CO (de Zwitserse onderhuurregeling) heeft de verhuurder ingevolge art. 263 CO het recht zich grondig te doen informeren over alle wezenlijke elementen aangaande de indeplaatsstelling, zoals een onderzoek naar de persoon van de nieuwe huurder. (De huurder heeft ingevolge art. 263 CO een dienovereenkomstige plicht de verhuurder hieromtrent te informeren.[61])

Weigeringsgronden
Zoals aangegeven kan de verhuurder zijn toestemming slechts op zwaarwegende gronden weigeren. Onder zwaarwegende gronden dient te worden verstaan gronden die vanuit subjectief oogpunt een indeplaatsstelling voor de verhuurder onacceptabel

55 H. Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil*, Bern: Stämpfli Verlag AG 2001, p. 220; J. K. Kostkiewicz e.a., *OR. Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht,* Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2002, p. 277.
56 P. Gauch, P. Higi (bew.), *Obligationenrecht. Die Miete. Teilband V 2b. Erste Lieferung. Art. 253-265 OR*, Zürich: Schulthess Polygraphiser Verlag, 1994, p. 690.
57 D. Lachat, *Le Bail à loyer*, Lausanne: ASLOCA, 1997, p. 386.
58 Gauch/Higi, p. 692-693.
59 Gauch/Higi, p. 691; Kostkiewicz e.a., p. 272.
60 L. Thévenoz, F. Werro, *Code des Obligations I*, Genève: Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 1374; Gauch/Higi. p. 698.
61 Lachat, p. 387.

maken.[62] Enkele voorbeelden uit de jurisprudentie zijn: (1) de huurder heeft niet voldoende kunnen aantonen dat de nieuwe huurder solvabel is, (2) de nieuwe huurder wil de bedrijfsruimte voor andersoortig bedrijf gebruiken, (3) er is geen sprake van door de zittende huurder verworven goodwill, (4) de weigering van de huurder de verhuurder te informeren omtrent de achtergrond van de nieuwe huurder, (5) de nieuwe huurder heeft een slechte reputatie als ondernemer.[63]

Indien de verhuurder toestemming weigert, kan de zittende huurder zich tot de rechter wenden teneinde aan deze toestemming te verzoeken op grond van niet terechte weigering van de verhuurder. Bij gegrondbevinding dient indeplaatsstelling alsnog doorgang te vinden. De verhuurder is in dat geval bovendien schadeplichtig jegens de huurder. De huurder kan in dit geval ook ervoor kiezen de huurovereenkomst krachtens art. 266g CO op te zeggen en daarbij tevens schadevergoeding vorderen.[64]

Een bijzonder element in het Zwitserse huurrecht is, zoals hierboven reeds kort aangeduid, de mogelijkheid dat de oorspronkelijke huurder krachtens art. 263 CO ook ná effectuering van de indeplaatsstelling nog gebonden blijft aan de huurovereenkomst. De oorspronkelijk huurder *haftet* gedurende een termijn van maximaal twee jaar voor alle plichten uit de huurovereenkomst, d.w.z. hij is gedurende die tijd hoofdelijk aansprakelijk jegens de verhuurder.[65] Deze verplichting heeft slechts betrekking op de oude huurdersverplichtingen, niet die de opvolgend huurder nadien jegens de verhuurder is aangegaan.[66]

Verschillen en overeenkomsten
Een eerste verschil is hierboven reeds vermeld: art. 7:307 BW is van dwingend recht is en art 263 CO is niet geheel van dwingend recht: van art. 263 lid 4, tweede volzin BW kan (niet in het nadeel van de huurder) worden afgeweken. Een ander verschil betreft de totstandkomingsvereisten voor indeplaatsstelling. In Zwitserland is voor een geldige vordering tot indeplaatsstelling, schriftelijke toestemming van de verhuurder vereist op straffe van nietigheid. Art. 7:307 BW, dan wel de daarop gebaseerde jurisprudentie, kent dit vereiste niet, omdat de Nederlandse wetgever als oogmerk had buiten de wil van de verhuurder om indeplaatsstelling te kunnen bewerkstelligen. Daarnaast ontbreekt in art 263 CO het vereiste van zwaarwichtig belang zijdens de huurder. In Zwitserland draagt juist de verhuurder de bewijslast dat hij een zwaarwichtig belang heeft bij het weigeren van indeplaatsstelling. In Nederland moet juist de huurder aantonen dat een zwaarwichtig belang bij indeplaatsstelling bestaat. Niet onbelangrijk is het verschil dat gelegen is in het feit dat de Zwitserse gewezen huurder na indeplaatsstelling gedurende maximaal moet 'haften'. In Nederland kan de rechter

62 Kostkiewicz e.a., p. 271-272.
63 Lachat, p. 388.
64 Gauch/Higi, p. 693.
65 P. Engel, *Contrats de droit Suisse*, Bern: Editions Stämpfli + Cie SA, 1992, p. 167.
66 Gauch/Higi, p. 701.

bij toewijzing van een verzoek tot indeplaatsstelling hieraan nog voorwaarden of een last verbinden. Een dergelijke mogelijkheid kent het Zwitserse recht niet. Een laatste verschil is dat in het Zwitserse recht bij indeplaatsstelling een onderscheid gemaakt wordt tussen huurovereenkomsten van onbepaalde en bepaalde tijd, omdat een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd tegen een termijn van zes maanden kan worden opgezegd en indeplaatsstelling dan weinig zin meer heeft. In Nederland wordt dit onderscheid niet in deze zin gemaakt omdat ook het opzeggen van een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd dient te geschieden met inachtneming van een opzegtermijn van ten minste één jaar (art. 7:300 derde lid en 7:293 tweede lid BW).

Een eerste overeenkomst betreft het feit dat, het in beide rechtsstelsels gaat om een geclausuleerde bevoegdheid tot indeplaatsstelling. In het Zwitserse recht is de bevoegdheid tot indeplaatsstelling afhankelijk van de toestemming van de verhuurder. In Nederland is de bevoegdheid tot indeplaatsstelling afhankelijk van de zwaarwichtige belangen van de huurder. In beide rechtsstelsels is er sprake van een open norm bij indeplaatsstelling. Zowel de 'Verweigerungsgründe' als het zwaarwichtig belang zijn termen die de rechter een ruime toetsingsnorm geven. Een andere overeenkomst is het vereiste dat sprake moet zijn van een bestaande huurovereenkomst. Dat wil zeggen dat, zowel in Zwitserland als in Nederland voor een geslaagde vordering tot indeplaatsstelling, er sprake moet zijn van een bestaande huurovereenkomst. Wanneer de verhuurder inmiddels een vordering tot beëindiging van de huurovereenkomst heeft ingesteld (die door de rechter is uitgesproken), kan er geen indeplaatsstelling meer verzocht resp. gevorderd worden. Een laatste overeenkomst is het vereiste van bedrijfsoverdracht. In beide rechtsstelsels moet voor een geslaagd beroep op indeplaatsstelling sprake zijn van een daadwerkelijke bedrijfsoverdracht. Daaraan is in beide landen het vereiste gekoppeld dat de nieuwe huurder het bedrijf van de oorspronkelijke huurder voortzet.

10.9 Flexibiliteit

Indeplaatsstelling is het enige leerstuk dat dwingendrechtelijk verankerd is in het huurrecht bedrijfsruimte. Het biedt de huurder optimale flexibiliteit om, indien aan alle vereisten is voldaan, de waarde van de huurovereenkomst te verzilveren door middel van de verkoop van de onderneming. De wetgever acht dit leerstuk van zodanig groot belang dat semi-dwingend recht hier plaats maakt voor dwingend recht. Ook indien niet ten nadele van de huurder van art. 7:307 BW wordt afgeweken is een dergelijke afwijking niet rechtsgeldig. Indien de verhuurder niet instemt met indeplaatsstelling moet de rechter eraan te pas komen. De wetgever heeft de rechter een onbeperkte toetsingsrol toebedeeld: hij dient de vordering tot indeplaatsstelling te beoordelen 'met inachtneming van de omstandigheden van het geval'. Daarmee wordt de flexibiliteit enigszins beteugeld omdat dan de belangen van de verhuurder bij afwijzing van de vordering nadrukkelijk in beeld komen, hetgeen op dit punt overigens niet onwenselijk is: ook diens belang speelt immers een rol.

De rechtsvergelijkende studie levert op het punt van flexibiliteit de vaststelling op dat België en Frankrijk weliswaar een flexibeler regeling ten behoeve van de huurder kennen doch dat deze regeling her risico oplevert dat een niet alerte verhuurder aan een indeplaatsstelling vast zit, hetgeen niet te preferen is omdat dit afbreuk doet aan de rechtszekerheid, waarvan het belang bij indeplaatsstelling overheerst. Anderzijds biedt de Zwitserse indeplaatsstellingsregeling een systeem dat uitgaat van een, in vergelijking met de Nederlandse wettelijke regeling, omgekeerde bewijslast: niet de huurder moet het zwaarwegend belang bij indeplaatsstelling aantonen, doch de verhuurder dient aan te tonen dat zijn bezwaren tegen indeplaatsstelling zwaarwichtig zijn. Dit levert een flexibele, huurdersvriendelijke regeling op, zonder afbreuk te doen aan de rechtszekerheid. Daartegenover staat de 'Haftung' waarbij de verhuurder immer baat heeft omdat de aanvankelijke huurder gedurende een bepaalde tijd hoofdelijk aansprakelijk blijft naast zijn rechtsopvolger. Dit laatste element kan, toegepast in ons land, een duidelijke meerwaarde hebben, omdat het merendeel van de bezwaren van verhuurders tegen een nieuwe huurder juist gelegen zijn in het liquiditeitsrisico. Daarenboven heeft de Haftung-regeling een preventieve werking: huurders welke indeplaatsstelling beogen zullen reeds zélf hun aspirant-rechtsopvolger kritischer tegemoet treden. Dit kan ertoe zorgdragen dat het liquiditeitsrisico minder snel ter beoordeling aan de rechter wordt voorgelegd.

11 Nadere huurprijsvaststelling

11.1 Inleiding

Een nadere huurprijsvaststellingsprocedure kan tot een verrassende uitkomst leiden. Een vordering tot huurverhoging kan op een huurverlaging uitdraaien en omgekeerd. Onder de vigeur van het oude huurrecht waren onvoorbereide en langdurige bodemprocedures schering en inslag vanwege de doorgaans langdurige deskundigenadvisering. Het vereiste in het nieuwe huurrecht dat een nadere huurprijsvaststellingsprocedure eerst kan worden ingesteld nadat deskundig advies is ingewonnen, zou volgens de wetgever het risico moeten verminderen van een niet-controleerbare uitkomst na een lange en slepende bodemprocedure. De vraag dringt zich op of de wetgever met het aanbrengen van deze ontvankelijkheidsdrempel hierin is geslaagd.

11.2 De grondslag en strekking van nadere huurprijsvaststelling

De grondslag van de vernieuwde wettelijke regeling
In het nieuwe huurrecht regelen de artikelen 7:303, 7:304 en 7:305 BW op een compacte wijze de nadere huurprijsvaststellingsprocedure. Het nieuwe huurrecht maakt daarmee een einde aan de verspreide wetsbepalingen van het oude onoverzichtelijke huurrecht, welke onoverzichtelijk was gelegen in de koppeling met huurverlenging c.q.-beëindiging.[1] Deze koppeling is in het nieuwe huurrecht verbroken. De wettelijke regeling bevat daarnaast op drie onderdelen een ingrijpende inhoudelijke vernieuwing: het stimuleren van een minnelijke uitkomst van partijen, de mogelijkheid een nieuwe huurprijs geleidelijk te doen ingaan en de huurprijsverhoging na een verbetering na een gemeentelijke aanschrijving. De laatste mogelijkheid bestaat in het nieuwe huurrecht niet alleen voor detailhandelsbedrijfsruimte, maar ook voor de categorie van overige bedrijfsruimte. De wijze waarop een huurprijs in het nieuwe huurrecht nader dient te worden vastgesteld, wordt in de kern vastgelegd in het centrale artikel 7:303 lid 2 BW:

> Bij de nadere vaststelling van de huurprijs let de rechter op het gemiddelde van de huurprijzen van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse, die zich hebben voorgedaan

1 Het systeem van de artikelen 7A:1626 lid 3 BW, 7A:1627 lid 3 BW, 7A:1630 lid 4 BW, 7A:1631a lid 8 BW, 1631b lid 2 BW in samenhang met 7A:1631a lid 8 BW, 7A:1631c lid 2 BW in samenhang met 7A:1631a lid 8 BW, 7A:1631 lid 3 BW in samenhang met 7A:1631a lid 8 BW en 7A:1632a BW blonk niet uit in overzichtelijkheid.

> in een tijdvak van vijf jaren voorafgaande aan de dag van het instellen van de vordering. Iedere aldus in de vergelijking te betrekken huurprijs wordt herleid volgens de algemene ontwikkeling van het prijspeil sinds de dag waarop die huurprijs gold tot aan die van het instellen van de vordering. Zo het niet mogelijk is de rechter de voor de toepassing van deze maatstaf benodigde gegevens te verschaffen, maakt de rechter een schatting aan de hand van de wel te zijner beschikking staande gegevens, waarbij hij die maatstaf zoveel mogelijk als richtsnoer bezigt.

In dit hoofdstuk worden de onderscheidene elementen van artikel 7:303 lid 2 BW nader toegelicht aan de hand van relevante rechtspraak.

De strekking van nadere huurprijsvaststelling
De wet gaat (ook na 1 augustus 2003) uit van vrije prijsvorming bij aanvang van de huurovereenkomst. Huurder en verhuurder kunnen de aanvangshuurprijs overeenkomen die zij in hun onderhandelingen over de huurovereenkomst redelijk vinden. Daarbij kan tevens in vrijheid een tussentijdse verhogingsregeling worden afgesproken en in de huurovereenkomst of de bijbehorende algemene voorwaarden worden opgenomen. Doorgaans bestaat deze tussentijdse aanpassingsmogelijkheid in de vorm van een indexeringsregeling, waarbij de verhoging (indirect) afhankelijk is van de inflatie. Voorts kunnen huurcontractspartijen in vrijheid een huurprijs overeenkomen die afhankelijk is van de omzet van de huurder als exploitant van de onderneming die in het gehuurde object is gevestigd. Deze contractsvrijheid kent een grens *in tijd*. Deze grens is door de wetgever bepaald op basis van de veronderstelling dat na verloop van zekere tijd de marktprijs te zeer kan afwijken van de aanvankelijk overeengekomen huurprijs, ondanks de, op basis van de indexeringsclausule in de huurovereenkomst, steeds jaarlijks gerealiseerde indexering van de huurprijs. Kort en goed: het is aannemelijk dat de marktprijs sneller stijgt dan de indexeringsclausule aan periodieke huurprijsstijging bewerkstelligt. De gebruikelijke indexeringsclausule functioneert namelijk slechts als inflatiecorrectie, goed voor bijvoorbeeld 2% of 3% huurprijsstijging per jaar. De marktprijs stijgt in vergelijking daarmee doorgaans sneller. De nadere huurprijsvaststellingsprocedure voorziet voor de verhuurder in de behoefte om een huurprijs te realiseren die hoger is dan de indexeringsregeling bewerkstelligt. Het niveau van de marktprijs speelt daarbij een belangrijke rol, maar wordt evenwel nimmer behaald vanwege de matigende werking van de referentieperiode. Ook voor de huurder kan nadere huurprijsvaststelling in een behoefte voorzien. De huurder die ten opzichte van de te hanteren wettelijke criteria een te hoge huurprijs betaalt, kan deze via de wet op een lager niveau doen vaststellen.

11.3 Het begrip 'huurprijs'

11.3.1 De enge uitleg van het begrip door de Hoge Raad

De wet en jurisprudentie gaan ervan uit dat slechts de huurprijs voor het object voor nadere huurprijsvaststelling op de voet van artikel 7:303 BW vatbaar is. Voor een

wijziging van andere vergoedingscomponenten, zoals servicekosten, is in het huurrecht van bedrijfsruimte geen plaats en behoort aansluiting te worden gezocht bij algemeen verbintenisrechtelijke leerstukken, zoals de redelijkheid en billijkheid en het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden.[2] Dit betekent dat de kale huurprijs van het object de enige juiste grondslag van de vergelijking in een nadere huurprijsvaststellingsprocedure is. Met kale huurprijs wordt in de rechtspraak bedoeld de enkele periodieke vergoeding voor het gebruik van de detailhandelsbedrijfsruimte, zónder servicekosten, zónder de huurprijs van een eventueel meeverhuurde onderneming (de inventaris, handelsnaam, goodwill enz.), zónder de huurprijs van een eventuele bijbehorende niet-afhankelijke woning, zónder de BTW over de huurprijs et cetera.[3] De periodieke betaling van een huurder van detailhandelsbedrijfsruimte staat in de praktijk evenwel niet per definitie gelijk aan de enkele kale huurprijs voor het object. Met name bij gemengde huurovereenkomsten, zoals een exploitatiecontract voor een benzinestation of een overeenkomst waarbij in de horecabranche een object tezamen met de onderneming wordt verhuurd, is het voorwerp van de huurovereenkomst niet slechts de huur en verhuur van de detailhandelsbedrijfsruimte en is daarom het bepalen van de enkele kale huurprijs van het object van groot belang.

Uit de rechtspraak blijkt dat de Hoge Raad het begrip 'huurprijs' in het kader van een nadere huurprijsvaststellingsprocedure nadrukkelijk beoordeelt als een specifiek *eng* begrip.

Weliswaar kan de totale periodieke vergoeding van de huurder strekken tot het gebruik van de bedrijfsruimte, maar daarmee is volgens de Raad nog niet gezegd dat ook de gehele vergoeding als de (kale) huurprijs moet worden beschouwd in het specifieke kader van een nadere huurprijsvaststellingsprocedure.[4] Ook in het geval waarin een vergoeding werd betaald voor het gebruik van de bedrijfsruimte en daarnaast een afzonderlijke vergoeding voor de exclusiviteit van een verkooprecht, oordeelde de rechter dat nadere huurprijsvaststelling slechts van toepassing was op dat gedeelte van de prijs dat geacht moest worden te strekken tot vergoeding van het gebruik voor de bedrijfsruimte.[5] De Hoge Raad oordeelde in een illustratief geval over een gemengde overeenkomst in de horecabranche:[6]

> De rechter zal (…) de huurprijs bij een gemengde overeenkomst als de onderhavige slechts mogen wijzigen voorzover hetgeen ten tijde van de vergelijking geacht kan

2 HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 361.

3 Voor het bepalen van de huurprijs per m^2 wordt aangehaakt op de NEN–normen van het Nederlands Normalisatie Instituut in Delft. Over de juridische status van NEN-normen verwijs ik naar M. Elferink, 'De juridische status van normalisatienormen', *NJB* 6 augustus 1999, afl. 28, p. 1317 t/m 1320.

4 HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 273.

5 Rb. Arnhem 6 maart 1986, *NJ* 1987, 783.

6 HR 30 januari 1981, *NJ* 1981, 393.

worden te strekken tot vergoeding van het gebruik van de bedrijfsruimte, niet meer overeenstemt met de huurprijzen van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse, zodat hetgeen dan strekt tot vergoeding van goodwill en inventaris buiten beschouwing moet blijven.

Deze enge uitleg van het begrip 'huurprijs' in het huurprijzenrecht is geheel anders dan de uitleg van de Hoge Raad van het begrip in het kader van een beëindigingsprocedure na opzegging wegens het weigeren van een redelijk aanbod tot het aangaan van een nieuwe huurovereenkomst als bedoeld in artikel 7:296 lid 4 sub c BW. In het kader daarvan mag een aanbod niet een wijziging van de huurprijs inhouden. Ter verzekering van een zo ruim mogelijke bescherming van de huurder in het specifieke geval van diens verweer in een beëindigingsprocedure ('het aanbod houdt wel degelijk een huurverhoging in') wordt het begrip derhalve in dat kader in ruime zin gehanteerd.[7]

Naast de enkele kale huurprijs van het object waarvan de huurprijs nader dient te worden vastgesteld, vormen de enkele kale huurprijzen van vergelijkbare bedrijfsruimten de enige juiste vergelijkingsgrondslag. Alvorens huurprijzen aldus op een juiste wijze in een vergelijking te kunnen betrekken, behoren alle betrokken huurprijzen op vergelijkbaarheid te worden gecontroleerd. Aldus behoren in een nadere huurprijsvaststellingsprocedure appels alleen met appels en niet met peren te worden vergeleken. Oplettendheid bij het inwinnen van deskundig advies voorafgaand aan een procedure is dus (ook op dit punt) een vereiste.

11.3.2 Het vergelijkbaar maken van de huurprijs van gemengde overeenkomsten

Voorafgaand aan een nadere huurprijsvaststellingsprocedure zullen huurcontractspartijen in het kader van het krachtens het bepaalde in artikel 7:304 BW in te winnen deskundigenadvies de huurprijs uit de totale periodieke vergoeding moeten destilleren. In sommige gevallen is dit mogelijk, maar in andere gevallen weer niet. Dit hangt af van de al of niet bestaande mogelijkheid de andere niet-bedrijfsobjectcomponenten te kunnen waarderen en de bereidheid van de andere huurcontractspartij daaraan mee te werken. Op de bereidheid tot splitsing en waardering van de onderscheidene huurcomponenten van de andere huurcontractspartij kan in de praktijk niet worden gerekend, omdat dergelijke voorbereidende maatregelen de voorbode kunnen zijn van weinig goeds. Zonder de bereidheid van de andere huurcontractspartij zal aansluiting moeten worden gevonden bij objectieve waarderingscriteria. In de praktijk blijkt evenwel dat er nauwelijks wettelijke objectieve criteria bestaan om dergelijke niet-bedrijfsobjectcomponenten op een aanvaardbare wijze te waarderen. Slechts in een enkel geval bestaat een wettelijke oplossing. De eenvoudigste oplossing is te bezien of de niet-bedrijfsobjectcomponent op grond van de wet kan worden geschaard onder het bedrijfsobject. Dit laatste kan geschieden in slechts één geval: de afhankelijke woning in

7 HR 26 juni 1992, *NJ* 1992, 726.

de zin van artikel 7:290 lid 3 BW, welke woning van rechtswege tot het bedrijfsobject toebehoort en derhalve ook als zodanig vatbaar is voor nadere huurprijsvaststelling als detailhandelsbedrijfsruimte. Daarnaast bestaat één voorbeeld van een situatie waarin een niet-bedrijfsobjectcomponent op wettelijke en objectieve wijze kan worden gewaardeerd: de niet-afhankelijke woning. De waarderingsgrondslag daarvan is geregeld in het huurprijzenrecht van woonruimte.

Krachtens artikel 7:290 lid 3 BW behoort, zoals hierboven reeds is gesteld, de 'afhankelijke woning' tot de detailhandelsbedrijfsruimte waarvan de huurprijs nader wordt vastgesteld. Een afhankelijke woning heette in het oude huurrecht een 'onzelfstandige woning' en wordt in het huurrecht van bedrijfsruimte in het kort gedefinieerd als een woning die een daadwerkelijke samenhang en een economisch verband met de onderneming heeft en waarvan de huurder van de bedrijfsruimte noodzakelijkerwijs gebruikmaakt.[8] In de praktijk dient men daarbij te denken aan bijvoorbeeld een woning boven een restaurant waar de bedrijfsleider of de kok van het restaurant woont, die als gevolg hiervan ook buiten de openingstijden een oogje in het zeil kan houden, leveranciers kan ontvangen, gerechten kan (voor)bereiden en de administratie kan doen, welke woning doorgaans binnendoor kan worden bereikt en mede is gehuurd vanwege de aanwezige bedrijfsruimte. De kwalificatie van de woning als 'afhankelijk' dan wel 'niet-afhankelijk' kan volgens de Hoge Raad in het huurrecht van bedrijfsruimte onafhankelijk van de bedoeling van partijen worden gemaakt.[9] Op een afhankelijke woning zijn volgens de Hoge Raad uitdrukkelijk de huurbeschermingsregels van woonruimte niet van toepassing.[10] De achterliggende gedachte is dat een dergelijke bedrijfswoning van extra waarde is voor de bijbehorende bedrijfsruimte en daarom onder de vigeur van het bijbehorende huurrechtelijke regime dient te worden gewaardeerd. Praktisch gevolg hiervan is wel dat dit het opsporen van geschikte vergelijkingsobjecten (bedrijfspand met afhankelijke woning) kan bemoeilijken, omdat bedrijfsobjecten met een bovenwoning die via een binnendeur te bereiken is, schaars zijn. Opmerking verdient dat nadere huurprijsvaststelling van een detailhandelsbedrijfsruimte in combinatie met een afhankelijke woning kan plaatsvinden, onafhankelijk van de vraag of de onderscheidene objecten nu op basis van één huurprijs dan wel op basis van twee separate huurprijzen zijn verhuurd. In beide situaties zal/zullen één resp. twee nieuwe huurprijzen uit een nadere huurprijsvaststellingsprocedure voortvloeien, en dat doet niet af aan de juistheid van de inhoudelijke toetsingscriteria.

Indien een detailhandelsbedrijfsruimte en een niet-afhankelijke woning op basis van één huurovereenkomst zijn verhuurd en er wordt één huurprijs in rekening gebracht, zal hieruit, in het kader van de deskundigenadvisering op de voet van artikel 7:304 BW

8 HR 24 januari 1997, *NJ* 1997, 558 en Ktr. Utrecht 21 mei 1997, *WR* 1998, 15.
9 HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 478.
10 HR 16 december 1994, *NJ* 1995, 185.

voorafgaand aan een nadere huurprijsvaststellingsprocedure, eerst de kale huurprijs voor slechts de bedrijfsruimte dienen te worden gedestilleerd. Hiertoe dient eerst de woning op een bepaald geldbedrag te worden gewaardeerd. Bij de (noodzakelijke) waardering van de woning kan aansluiting worden gezocht bij het wettelijke woningwaarderingsstelsel in de Uitvoeringswet huurprijzen woonruimte (UHW).[11] Niets staat evenwel eraan in de weg – en soms is het zelfs noodzakelijk[12] – om naast of in plaats van de daarin vastgelegde objectieve criteria, andere beoordelingsaspecten te betrekken, zoals de inkomsten uit onderverhuur aan bijvoorbeeld de bedrijfsleider van het betreffende pal onder- of naastgelegen bedrijf. Met name kan hiertoe noodzaak bestaan indien, zoals hiervoor reeds is aangeduid, de in eerste instantie (over het gehele object: bedrijfspand plus woning) in acht te nemen wettelijke vergelijkingsmaatstaf ingevolge artikel 7:303 lid 2 BW hiertoe aanleiding geeft. Met andere woorden: de Bedrijfshuuradviescommissie doet er goed aan niet te zeer haar oren te laten hangen naar de UHW (hetgeen zij overigens doorgaans ook niet doet). Indien bijvoorbeeld meer geschikte vergelijkbare objecten in combinatie met afhankelijke woningen voorhanden zijn, dient daarbij in eerste instantie aansluiting te worden gezocht. De UHW is een redmiddel, meer niet.

Zodra de huurprijs voor de woning is vastgesteld, kan deze in mindering op de totale huurprijs worden gebracht teneinde aldus de kale huurprijs voor de bedrijfsruimte te verkrijgen die de grondslag vormt voor een nadere huurprijsvaststellingsprocedure. Ook als er geen sprake is van één huurprijs voor het geheel maar van verschillende huurprijzen voor bedrijfsobject en woning, dient evenwel de realiteit van de huurprijs van de woning te worden onderzocht. Immers, bedrijfsmatige huurders kunnen uit fiscale overwegingen belangstelling hebben voor een wat hogere huurprijs voor de bedrijfsruimte en een dienovereenkomstige lagere huurprijs voor de woning. Bij een nadere huurprijsvaststellingsprocedure kan een dergelijke huurder bovendien voordeel hebben als de huurprijs voor de bedrijfsruimte op basis van de wettelijke criteria te hoog blijkt. Deze omstandigheid kan een nadere huurprijsvaststelling in opwaartse zin afremmen dan wel ombuigen in neerwaartse zin. De omgekeerde situatie waarin de verhuurder wat alerter is, kan zich evenzeer voordoen.

Bij het opstellen van de huurovereenkomst, hetgeen veelal door of in opdracht van de verhuurder zal gebeuren, wordt in de praktijk in enkele gevallen op bijzondere wijze geanticipeerd op een nadere huurvaststelling na verloop van bijvoorbeeld vijf jaar. Het gaat daarbij met name om de overeen te komen precieze samenstelling van de huurprijs ingeval naast het object tevens bijvoorbeeld een niet-afhankelijke woning of een onderneming (goodwill, inventaris, handelsnaam) worden meeverhuurd, waarbij een opgaande markt verondersteld wordt, op grond waarvan het aannemelijk is dat de huurprijs na de gestelde vijf jaar (aanzienlijk) kan worden verhoogd. Het in de

11 Rb. Den Bosch, 5 juni 1991, *Prg*. 1991, 3492.
12 Ktr. Utrecht 21 mei 1997 *WR* 1998, 15.

huurovereenkomst vastleggen van de wijze van samenstelling van de verschillende huurprijscomponenten is voor de verhuurder interessant indien de niet-huurobject-componenten op een relatief hoog bedrag worden bepaald en de huurprijs voor het object zelf voor een relatief (zeer) gering bedrag. Hiermee kan nadere huurprijsvaststelling na vijf jaar, hetgeen slechts voor het object en niet voor de andere componenten mogelijk is, bijzonder lucratief zijn, gezien de relatief hoge stijgingspotentie. Voor de huurder die hierop niet bedacht is en de samenstelling van de huurprijs bij aanvang van de huurovereenkomst om het even is omdat voor deze slechts het totaalbedrag van belang is, kan dat bij ommekomst van de eerste huurperiode bijzonder nadelig uitpakken daar de kans groot is dat de totale huurprijs aanzienlijk stijgt.
Omgekeerd komt het voor dat huurders die een op dit specifieke punt onwetende verhuurder tegenover zich aantreffen, precies het omgekeerde in de huurovereenkomst weten te bewerkstelligen (hoge huurprijs voor het object, lage huurprijs voor de rest), zodat een huurverhoging na vijf jaar vrijwel ondenkbaar is en zelfs gedacht moet worden aan een aanzienlijke huurverlaging, omdat de huurprijs voor het object op basis van de wettelijke criteria te hoog is.

Daarnaast is het, als variant op het vorige, voor veel huurders interessant om in het geheel géén onderverdeling tussen de verschillende huurcomponenten af te spreken en er één ongesplitst totaalbedrag van te (laten) maken. Nadere huurprijsvaststelling na bijvoorbeeld vijf jaar wordt dan voor de verhuurder bijzonder gecompliceerd of zelfs onmogelijk. Immers, gesteld dat na vijf jaar de verhuurder nadere huurprijsvaststelling in opwaartse zin vordert, is het onduidelijk wat nu precies de huur van het object is en wat nu de huurprijs van de andere componenten. Daarmee is nadere huurprijsvaststelling (van slechts het object), zonder dat de huurder meewerkt aan een afspraak terzake van de voor de verhuurder noodzakelijke splitsing, vrijwel onmogelijk geworden. Reeds de stelling van de verhuurder dat de huurprijs van het object niet meer overeenstemt met de huurprijs van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse, kan niet worden hard gemaakt. Onduidelijk is immers wat de huurprijs voor het object nu precies is, laat staan dat deze niet meer overeenstemt met de huurprijs van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse. Het wettelijke vereiste van het voorafgaande deskundigenbericht leidt vervolgens ertoe dat een nadere huurprijsvaststellingspoging van de verhuurder reeds in dit stadium strandt, voordat de rechter eraan te pas komt.

11.4 Het moment waarop nadere huurprijsvaststelling mogelijk is

Artikel 7:303 lid 1 BW voorziet in de regeling ten behoeve van het moment waarop een nadere huurprijsvaststellingsprocedure kan worden aangevangen. Artikel 7:303 lid 1 sub a BW maakt een nadere huurprijsvaststellingsprocedure mogelijk na ommekomst van de eerste bepaalde duur van de huurovereenkomst. Doorgaans is dat, op de voet van artikel 7:292 BW, na ommekomst van vijf jaar, maar er bestaan diverse uitzonderingen. Niet alleen omdat hiervan (niet ten nadele van de huurder) kan worden afgeweken; evenzeer is het krachtens artikel 7:303 lid 1 sub a BW mogelijk een nadere huurprijsvaststellingsprocedure aan te vangen in het geval sprake is van een

huurovereenkomst voor een bepaalde proefperiode op de voet van artikel 7:301 BW, en wel na ommekomst van de betreffende huurperiode van maximaal twee jaar (zie paragraaf 4.3.4).[13] Voorts is het mogelijk een nadere huurprijsvaststellingsprocedure aan te vangen in het geval met goedkeuring van de kantonrechter krachtens artikel 7:291 lid 2 BW sprake is van een huurovereenkomst met een ten opzichte van artikel 7:292 BW afwijkende eerste bepaalde duur die langer is dan twee jaar maar korter dan vijf jaar. Gaat het om een huurovereenkomst met een eerste bepaalde duur die langer is dan vijf jaar en korter dan tien jaar, dan kan een nadere huurprijsvaststellingsprocedure worden aangevangen na ommekomst van deze eerste bepaalde duur, onder verwijzing naar artikel 7:292 lid 2 BW. In het verlengde hiervan kan bij een huurovereenkomst met een langere eerste huurperiode van bijvoorbeeld tien, vijftien of twintig jaar, eerst na ommekomst van deze periode nadere huurprijsvaststelling worden gevorderd.

Artikel 7:303 lid 1 BW bevat geen aparte regeling voor de gevallen waarin een huurovereenkomst na ommekomst van de eerste bepaalde huurperiode van rechtswege dan wel krachtens een contractuele verlengingsoptie is verlengd. In verband met dit laatste kan bij een huurovereenkomst met een aanvangsduur van tien jaar met vijf optiejaren, ook als de optie wordt uitgeoefend, al na tien jaar nadere huurprijsvaststelling worden gevorderd. Optiejaren tellen namelijk, gelijk als bleek uit de Parlementaire Geschiedenis die ten grondslag lag aan het oude artikel 7A:1632a BW, niet mee voor de in de wet genoemde 'bepaalde tijd'.[14] Deze wetsstrekking die de wetgever op voorhand voor ogen stond, bleek nadien, onder de vigeur van het oude huurrecht, te worden bevestigd door de rechtspraak.[15]

In het nieuwe huurrecht speelt, zo blijkt uit het bovenstaande, de verlenging van een huurovereenkomst geen enkele rol meer. Het wettelijk systeem bevat in artikel 7:303 lid 1 sub a BW derhalve een eenvoudige hoofdregel: zodra de eerste bepaalde huurperiode is afgelopen, is nadere huurprijsvaststelling altijd mogelijk. Bijvoorbeeld na een jaar ingevolge de proefperioderegeling van artikel 7:301 BW, na bijvoorbeeld vier jaar onder toepassing van artikel 7:291 lid 2 BW, na vijf jaar, dan wel na een langere eerste huurperiode, onder toepassing van artikel 7:292 lid 1 BW.

Artikel 7:303 lid 1 sub b BW bevat een aanvulling en een tweeledige uitzondering op het bovenstaande systeem. De aanvulling betreft de huurovereenkomst die is aangegaan voor onbepaalde tijd. Geheel in het verlengde van het semi-dwingendrechtelijk

13 Het nieuwe huurrecht lijkt hiermee een einde te maken aan de discussie waarbij menigeen onder verwijzing naar bijvoorbeeld Rb. Den Haag 8 juli 1986, *NJ* 1988, 248; HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 212 en HR 27 september 1996, *NJ* 1997, 81, van oordeel was dat nadere huurprijsvaststelling na een kortere huurperiode dan vijf jaar niet mogelijk was.

14 Kamerstukken I 1979/1980 15 666, nr. 45a, p. 2.

15 HR 1 oktober 1982, *NJ* 1983, 76; HR 13 mei 1983, *NJ* 1983, 713 en HR 13 oktober 1989, *NJ* 1990, 494 (r.o. 3.2) en Ktr. Meppel 27 februari 1992, *Prg*. 1992, 3637.

termijnensysteem van artikel 7:292 BW vloeit uit de eerste zin van artikel 7:303 lid 1 sub b BW voort dat in het geval sprake is van een huurovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan, na ommekomst van een eerste periode van vijf jaar die is ingegaan op de aanvangsdatum van de huurovereenkomst, nadere huurprijsvaststelling kan worden gevorderd. Is deze huurperiode niet uitdrukkelijk overeengekomen, dan vult het semi-dwingendrechtelijk voorschrift van de minimum aanvangshuurperiode van vijf jaar deze leemte aldus op en verbindt daaraan het gevolg van de mogelijkheid van nadere huurprijsvaststelling. Ook op dit onderdeel is het nieuwe huurrecht helder en praktisch toepasbaar.

De tweeledige uitzondering betreft de situatie waarbij eerder sprake is geweest van nadere huurprijsvaststelling dan wel een nog lopende procedure hieromtrent. Wederom onder verwijzing naar het wettelijke termijnensysteem zoals is vastgelegd in artikel 7:292 BW is een eerstvolgende nadere huurprijsvaststellingsprocedure, blijkens de eerste zin van artikel 7:303 lid 1 sub b BW, eerst mogelijk na ommekomst van vijf jaar na de dag waarop de eerdere nader vastgestelde huurprijs is ingegaan (na een procedure dan wel op basis van een afspraak) dan wel (op basis van art. 7:303 lid 1 sub b BW) na ommekomst van een periode van vijf jaar na de dag waarop de eerdere nadere huurprijsvaststellingsprocedure is aangevangen. In het laatste geval dient daarbij voor ogen te worden gehouden dat het in beginsel mogelijk is dat een huurprijsvaststellingsprocedure langer dan vijf jaar kan duren, vooral indien hangende de procedure nader deskundigenadvies dient te worden ingewonnen, of hoger beroep wordt ingesteld, in welke verband in beginsel ook in appèl eveneens nader deskundigenadvies noodzakelijk kan zijn, waarna vervolgens cassatie bij de Hoge Raad kan volgen en uiteindelijk na terugverwijzing de zaak kan worden afgedaan in feitelijke instantie. De wetgever heeft willen voorkomen dat de twee procedures tussen dezelfde partijen aanhangig zijn betreffende de nadere huurprijsvaststelling van één object, met eventuele tegenstrijdige vonnissen van dezelfde instantie.

11.5 Voorafgaand deskundigenadvies als ontvankelijkheidseis

In de nadagen van het oude huurrecht heeft zich een voorzichtige ontwikkeling in de rechtspraak voltrokken, waaruit bleek dat zonder voorafgaand overleg één der huurcontractspartijen de andere (en derhalve 'rauwelijks') in rechte kon betrekken ter nadere vaststelling van de huurprijs.[16] Dit leidde in de praktijk voor de rechter tot niet of nauwelijks onderbouwde vorderingen tot nadere vaststelling van de huurprijs, waarbij de eisende partij alle hoop op de Bedrijfshuuradviescommissie had gevestigd en blindelings vertrouwen koesterde op grond van de sterk opgaande markt in de tweede helft van de jaren '90, op grond waarvan het aannemelijk kon worden geacht dat de huurprijs altijd voor opwaartse wijziging in aanmerking kwam. Uit lagere rechtspraak bleek dat de door de Hoge Raad gecreëerde mogelijkheid om zonder overleg een

16 HR 11 december 1998, *NJ* 1999, 642.

nadere huurprijsvaststellingsprocedure aan te vangen minder vrij werd gehanteerd. De vordering diende, zo blijkt uit enkele gevallen, in de lagere rechtspraak wel enigszins te zijn onderbouwd, op straffe van niet-ontvankelijkheid.[17] Een dergelijke ontvankelijkheidseis werd evenwel slechts incidenteel gesteld en ontbeerde bevestiging in de Hoge Raad-jurisprudentie.

In het nieuwe huurrecht is per 1 augustus 2003 aan de door de Hoge Raad in 1998 gecreëerde situatie een abrupt einde gemaakt door het opnemen van een ontvankelijkheidseis in artikel 7:304 lid 1:

> Een vordering tot nadere huurprijsvaststelling is slechts ontvankelijk, indien deze vergezeld gaat van een advies omtrent de nadere huurprijs, opgesteld door een of meerdere door partijen gezamenlijk benoemde ter zake deskundigen.

Dit nieuwe vereiste komt erop neer dat alvorens een nadere huurprijsvaststellingsprocedure kan worden aangevangen, in gezamenlijk overleg een deskundigenadvies moet worden bemachtigd. Bij gebreke van een dergelijk rapport is de eisende partij per definitie niet ontvankelijk in diens vordering strekkende tot nadere huurprijsvaststelling. De door de wetgever beoogde rapportage dient bij voorkeur te zijn opgesteld door één deskundige of meerdere deskundigen die door beide partijen zijn benoemd. Dit kan de Bedrijfshuuradviescommissie zijn, maar ook niet aan de BHAC verbonden makelaars die deskundigheid op het gebied van de bedrijfsmakelaardij bezitten. De wetgever beoogt met dit vereiste in het nieuwe huurrecht voorafgaand serieus overleg tussen partijen semi-dwingendrechtelijk te bevorderen en onnodige nadere huurprijsvaststellingsprocedures te voorkomen. Immers, de benoeming van de deskundige(n) vereist op zichzelf reeds overleg. Op basis van het hieruit voortvloeiende rapport kunnen vervolgens elk der huurcontractspartijen voor zichzelf bezien welke de kans van slagen is in een nadere huurprijsvaststellingsprocedure en terzake serieus overleg met de andere huurcontractspartij voeren. Bovendien vergroot het voorafgaande deskundigenrapport de kans dat de rechter slechts een oordeel behoeft te geven over enkele met name genoemde onderdelen van het geschil, bijvoorbeeld de waardering van verbeteringen op de voet van artikel 7:303 lid 3 BW, dan wel de vraag of een woning als niet-afhankelijk dan wel als afhankelijk moet worden gekwalificeerd. Dit beperkt de omvang van het debat en bespoedigt dienovereenkomstig de voortgang van de procedure. Tevens houdt de wetgever er rekening mee dat in sommige gevallen geheel geen procedure meer nodig is, gelijk als in het huurprijzenrecht van woonruimte, waarbij na de gang naar de huurcommissie relatief zelden een vaststellingsprocedure voor de kantonrechter wordt aangevangen.
Indien een huurcontractspartij zich geconfronteerd ziet met een onwillige wederpartij, en daarmee een deskundigenrapport niet mede door de wederpartij te benoemen

17 Bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 11 februari 1998, *WR* 1998, 78.

deskundigen kan geschieden, biedt artikel 7:304 lid 2 BW daartoe de navolgende voorziening:

> Indien partijen geen overeenstemming bereiken over de benoeming van een deskundige, benoemt de rechter deze op verzoek van de meest gerede partij. Indien een zodanig verzoek wordt gedaan, geldt de dag van dat verzoek voor de toepassing van artikel 303 leden 1, 2 en 4 als de dag waarop de vordering tot nadere vaststelling van de huurprijs is ingesteld.

In de praktijk komt deze voorziening erop neer dat indien de ene huurcontractspartij aan de andere een schriftelijk verzoek doet binnen een bepaalde termijn over te gaan tot het gezamenlijk benoemen van één of meer (eventueel concreet voorgestelde) deskundigen en een reactie uitblijft dan wel een negatieve reactie wordt ontvangen dan wel geen overeenstemming ontstaat over de te benoemen deskundige(n), de initiatiefnemende huurcontractspartij de rechter kan verzoeken één of meer met name voorgestelde deskundige(n) te benoemen.[18] De dag waarop het hiertoe strekkende verzoekschrift is ingediend, geldt als de ingangsdatum van de uiteindelijk vast te stellen huurprijs. Dit laatste strekt als (extra) prikkel aan de andere huurcontractspartij om het bereiken van overeenstemming over de te benoemen deskundige(n) niet te schuwen. Dit laatste stimuleert tevens overleg over de nader vast te stellen huurprijs in algemene zin, hetgeen immer de bedoeling van de rechter is, omdat elke kans op een minnelijke uitkomst de mogelijkheid van een verminderde werklast bij de rechterlijke macht vergroot. Tevens zal hierbij overigens bovendien een rol spelen dat de in beginsel onwelwillende partij evenmin baat heeft bij het verliezen van de mogelijkheid grip op de procedure te krijgen, al was het alleen maar op het gebied van de deskundigenbenoeming.

11.5.1 **Probleem 1: de contra-expertise**

Het is in verband met dit laatste nog maar de vraag of de veronderstelde prikkel van artikel 7:304 lid 2 BW het beoogde effect heeft. Een nieuw element in het per 1 januari 2002 ingevoerde nieuwe procesrecht is namelijk de voorziening van artikel 200 lid 3 Rv, de wettelijk vastgelegde nieuwe mogelijkheid van de contra-expertise. Krachtens

---

18 Naar mijn mening zal de kantonrechter de verzoeker niet ontvankelijk behoren te verklaren indien deze niet éérst heeft gepoogd in minnelijk overleg tot een deskundigenbenoeming te komen, hoewel blijkens de eerste rechtspraak het belang van overleg ondergeschikt is aan de enkele beantwoording van de vraag of partijen al of niet overeenstemming hebben bereikt (Kantonrechter Utrecht 19 december 2003, *WR* 2004, 41 en Gerechtshof Den Bosch 11 januari 2005, LJN-nummer: AS2622). Ergo: wordt niet op eerste verzoek ingestemd met de benoeming van een bepaalde deskundige, is ontvankelijkheid reeds een feit. Dit standpunt acht ik te kort door de bocht omdat dit al te voortvarend handelen in de hand werkt, welk handelen volledig is gericht op het sauveren van de ingangsdatum van de nieuwe huurprijs en niet op het verkrijgen van overeenstemming, hetgeen niet strookt met de strekking van de wet.

art. 200 lid 1 Rv. kan de huurder (of verhuurder) die tegen diens zin op de voet van artikel 7:304 lid 2 BW geconfronteerd wordt met een hem bij nader inzien onwelgevallige, niet door de rechter benoemde deskundige (de 'partijdeskundige'), deze doen horen. Daarna kunnen beide partijen een of meerdere nieuwe deskundigen naar voren schuiven teneinde deze te doen horen. Het horen van een contra-expert kan bijvoorbeeld plaatsvinden naar aanleiding van een mondelinge behandeling waarbij een deskundigenbericht van een niet door de rechter benoemde deskundige(n) wordt behandeld en besproken en waarbij de deskundige aanwezig is teneinde op zijn rapport een toelichting te geven. De rechter beslist hierover bij tussenvonnis. Aldus blijkt het risico van vertraging groot, in weerwil van de bedoeling van de wetgever via de prikkel tot serieus overleg dergelijke complicaties te voorkomen.

11.5.2 **Probleem 2: de referentieperiode**

Het ontvankelijkheidsvereiste kan consequenties hebben voor de referentieperiode. Immers, de referentieperiode begint eerst te lopen vijf jaar voorafgaand aan het moment waarop het verzoekschrift strekkende tot deskundigebenoeming is ingediend dan wel (in het geval door een gezamenlijk benoemde deskundige een taxatierapport is opgesteld) de dag waarop de vordering tot nadere huurprijsvaststelling is ingesteld. Vooraleer de vordering kan worden ingesteld dient een geschikt taxatierapport te worden bemachtigd, hetgeen in de meeste gevallen geruime tijd (doorgaans ten minste zes maanden) duurt. Slechts indien de rechter tot benoeming van deskundigen overgaat is de referentieperiode en de ingangsdatum van de nader vast te stellen huurprijs gefixeerd en kunnen zich op dit punt geen problemen voordoen. Indien partijen evenwel zélf deskundigen benoemen is van dit laatste geen sprake. Indien vervolgens het taxatierapport geruime tijd (bijvoorbeeld negen maanden) op zich laat wachten, partijen onderling er niet uitkomen en vervolgens een vordering wordt ingesteld, is de in het taxatierapport gebruikte referentieperiode een andere dan de kantonrechter zal (moeten) hanteren. In de praktijk zal men om deze reden doorgaans de voorkeur geven aan een deskundigenbenoeming door de kantonrechter met een gefixeerde referentieperiode annex ingangsdatum. Het in onderling overleg op te stellen taxatierapport brengt onvermijdelijke risico's met zich mee. Het gevolg hiervan is dat het ontvankelijkheidsvereiste ook om deze niet zal leiden tot de beoogde afname van procedures op het gebied van nadere huurprijsvaststelling.

11.5.3 **Toepasselijkheid art 194 t/m art. 200 Rv**

Op grond van artikel 7:304 lid 3 BW kunnen de in rekening gebrachte kosten van de benoemde deskundigen door de rechter ambtshalve in de proceskostenveroordeling ten laste van de in het ongelijk gestelde partij worden verwerkt. Op grond van hetzelfde lid 3 wordt de regeling in het burgerlijk procesrecht van toepassing verklaard waarin de gang van zaken rond het deskundigenbericht nader wordt geregeld en omgeven is met processuele waarborgen, onder welke het recht van partijen in het kader van het

onderzoek door deskundigen te worden gehoord[19] en verzoeken te doen. Het betreft hier de artt. 194 t/m 200 Rv.

Van belang is met name dat de rechter niet gebonden is de uitkomst van het deskundigenbericht.[20] Immers, de deskundige adviseert daar waar de rechter daaraan behoefte heeft. De rechter beslist. En voorzover het deskundigenbericht rapport bewijs bevat, is de rechter vrij in de waardering ervan (art. 152 lid 2 Rv.). Indien de rechter van zijn vrijheid gebruikt maakt en van het deskundigenbericht afwijkt had deze tot voor kort in zijn algemeenheid slechts een beperkte motiveringsplicht.[21] De tendens is evenwel dat bij een contrair oordeel van de rechter toch van een duidelijke motiveringsplicht sprake is. Met name kan hiervan sprake zijn indien partijen nauwgezet de juistheid van het (zwaarwegende) advies van de door de rechter benoemde deskundige hebben betwist, waarbij ook met het oog op de beoordeling in appèl een deugdelijke motivering vereist is.[22]

Ook is het aspect van de kosten die de deskundige in rekening brengt een punt van aandacht. Volgens de Hoge Raad kan in het verzoekschrift worden verzocht de kosten te maximeren.[23]

11.6 De mogelijkheid van een afwijkende ingangsdatum en de ingroeiregeling

De wetgever komt in het nieuwe huurrecht op twee onderdelen de huurcontractspartij tegemoet die in het kader van een nadere huurprijsvaststellingsprocedure wordt geconfronteerd met een fikse huurprijsverhoging. Ten eerste in de vorm van een wettelijk vastgelegde mogelijkheid voor de rechter een latere ingangsdatum vast te stellen alsook de mogelijkheid van een ingroeiregeling waarbij de huurprijs over maximaal een periode van vijf jaar trapsgewijs wordt ingevoerd.

11.6.1 De mogelijkheid van een afwijkende ingangsdatum

In het voorafgaand aan 1 augustus 2003 geldende huurrecht bestond geen wettelijke regeling aangaande een afwijkende ingangsdatum van de nader vastgestelde huurprijs. Wel was er rechtspraak waaruit bleek dat onder bijzondere omstandigheden een van de

19 Dit wordt in een incidenteel geval over het hoofd gezien: Ktr. Amsterdam 21 juni 2002, *WR* 2003, 8. In deze kwestie rammelde het advies (dat buiten een gerechtelijke procedure om en niet door de BHAC was gemaakt) overigens op meerdere onderdelen en werd door de kantonrechter vernietigd.

20 HR 22 april 1983, *NJ* 1983, 666.

21 HR 20 oktober 1989, *NJ* 1998, 898; HR 11 mei 1990, *NJ* 1990, 530; HR 6 november 1992, *NJ* 1993, 578.

22 HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 316. en HR 24 november 2003, *NJ* 2004, 74/*JHV* 2004, 105. Zie ook: E. Driessen, 'Motiveringsplicht rechter bij afwijking zienswijze van door de rechter benoemde deskundige', *NbBW* jan. 2004, p. 6 t/m 8.

23 HR 13 september 2003, *NJ* 2004, 18/*JHV* 2004, nr. 104.

wet afwijkende ingangsdatum mogelijk kon zijn. De rechtspraak beperkte zich daarbij evenwel tot de mogelijkheid van een latere ingangsdatum.[24] Daarbij bestond de tweeledige voorwaarde dat uitdrukkelijk om een latere ingangsdatum moest zijn verzocht en dat de andere partij zich hieromtrent heeft moeten kunnen uitlaten.[25] Indien de rechter ondanks het verzoek tot het bepalen van een latere ingangsdatum geen afwijking gerechtvaardigd achtte, diende hij dit oordeel in diens vonnis uitdrukkelijk te motiveren.[26] Het nieuwe huurrecht geeft deze rechtspraak grotendeels een vaste wettelijke basis. De eerste zin van artikel 7:303 lid 4 BW luidt daartoe als volgt:

> Indien de rechter de huurprijs nader vaststelt, geldt deze met ingang van de dag waarop deze is gevorderd, tenzij hij op vordering van een der partijen op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval een andere ingangsdatum vaststelt.

De motiveringsplicht van de beslissing van de rechter aangaande een afwijkende (latere) ingangsdatum van de nader vastgestelde huurprijs die in de rechtspraak onder de vigeur van het oude huurrecht is ontstaan, blijft ook in het nieuwe huurrecht bestaan. Eveneens blijft in het nieuwe huurrecht de eerdere rechtspraak relevant aangaande de wijze waarop de rechter de term 'bijzondere omstandigheden' nader moet invullen. Blijkens deze rechtspraak is daarbij de enkele omstandigheid dat de in het ongelijk gestelde partij in financiële problemen raakt (de 'zieligheidsfactor'), onvoldoende.[27] Veeleer moet men hierbij volgens de Parlementaire Geschiedenis denken aan het traineren van onderhandelingen of de lange duur van de huurprijsvaststellingsprocedure, welke omstandigheden een eerdere resp. latere ingangsdatum kunnen rechtvaardigen.[28]

11.6.2 De ingroeiregeling

De ingroeiregeling is een tweede mogelijkheid van de rechter het financiële leed van de in het ongelijk gestelde huurcontractspartij te verzachten. De tweede zin van artikel 7:303 lid 4 BW luidt daartoe als volgt:

> Hij kan daarbij tevens bepalen dat de huurprijs gedurende een door hem vast te stellen termijn van ten hoogste vijf jaren geleidelijk zal worden aangepast.

Opvallend is het gebruik van het woord 'daarbij'. Dit duidt in elk geval op een verband met de voorgaande zin, op grond waarvan door de rechter vanwege bijzondere omstandigheden een afwijkende ingangsdatum kan worden bepaald. Het is niet aannemelijk dat dit verband zover strekt dat een ingroeiregeling slechts mogelijk is indien tevens

24 HR 13 oktober 1989, *NJ* 1990, 494.
25 HR 18 januari 1991, *NJ* 1991, 609.
26 HR 6 maart 1992, *NJ* 1992, 273 en HR 23 oktober 1998, *NJ* 1998, 872.
27 HR 26 februari 1993, *NJ* 1993, 318 en Ktr. Utrecht 24 oktober 1994, *WR* 1995, 21.
28 Kamerstukken II 1999/2000, 26 932, nr. 3, p. 9.

een afwijkende (latere) ingangsdatum door de rechter is vastgesteld. Omgekeerd bestaat dat uitdrukkelijke verband immers evenmin. Wel zal de partij een extra gemotiveerd beroep op de ingroeiregeling moeten doen indien de kantonrechter vanwege bijzondere omstandigheden reeds een afwijkende ingangsdatum heeft bepaald.

11.7 De rente over de verschuldigde huurpenningen na nadere vaststelling van de huurprijs

De hierboven behandelde tweeledige voorziening van artikel 7:303 lid 4 BW neemt niet weg dat vanaf de ingangsdatum de nader vastgestelde huurprijs verschuldigd en opeisbaar is ten behoeve van de huurcontractspartij die door de rechter in het gelijk is gesteld. Dit bedrag aan 'achterstallige huur' kan behoorlijk oplopen, met name in het geval van een jarenlang slepende procedure. De verschuldigdheid betreft daarenboven niet alleen de huurpenningen die zoals achteraf is komen vast te staan alsnog dienen te worden betaald, doch tevens de wettelijke rente over deze bedragen. De verschuldigde rente dient telkens te worden berekend vanaf de onderscheidene vervaldata, dat wil zeggen telkens vanaf bijvoorbeeld de eerste dag van elke maand of elk kwartaal. Het feit dat deze rentebedragen tot een aanzienlijk totaalbedrag kunnen oplopen, doet volgens rechtspraak van de Hoge Raad aan de verschuldigdheid niet af.[29]

In omgekeerde zin geldt hetzelfde: indien de huurder met succes een neerwaartse huurprijsvaststelling heeft bewerkstelligd, is de in het ongelijk gestelde verhuurder naast de verschuldigde restitutiebedragen aan te veel betaalde huurpenningen tevens wettelijke rente aan de huurder verschuldigd. Het strekt tot aanbeveling niet alleen de incasso van de verschuldigde huurpenningen c.q. restitutiebedragen maar tevens het aspect van de verschuldigde rente over de te betalen huurpenningen reeds bij aanvang van de nadere huurprijsvaststellingsprocedure te betrekken, zodat terzake tevens een tot betaling daarvan strekkend vonnis kan worden verkregen.

11.8 Het verbinden van een indexeringsregeling aan de nader vastgestelde huurprijs

Er bestaan huurovereenkomsten waarin geen indexeringsclausule opgenomen, die doorgaans wel gebruikelijk zijn. Het was in een dergelijk geval onder de vigeur van het oude huurrecht volgens rechtspraak van de Hoge Raad in beginsel mogelijk om tegelijk met een procedure strekkende tot nadere huurprijsvaststelling te vorderen dat de rechter de nieuwe huurprijs onderhevig maakt aan de gebruikelijke jaarlijkse indexeringsregeling in soortgelijke huurovereenkomsten.[30] De Hoge Raad formuleerde hiertoe het argument dat de wetgever door het voorschrijven van de herleiding van de huurprijzen volgens de algemene ontwikkeling van het prijspeil blijk geeft van het inzicht dat in

29 HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 435.
30 HR 24 augustus 1981, *NJ* 1982, 122.

deze materie met de invloed van geldontwaarding rekening moet worden gehouden. In dat licht bezien achtte de Hoge Raad het opnemen van een indexeringsclausule vanuit principieel oogpunt toelaatbaar.

Bij de afweging of ook in een bepaalde kwestie het verbinden van een indexeringsclausule aan de nader vast te stellen huurprijs gerechtvaardigd werd geacht, werd nadrukkelijk de geprognotiseerde marktontwikkeling in ogenschouw genomen. Zo overwoog de Hoge Raad in 1982 in een kwestie waarin nadrukkelijk geen sprake was van een opgaande markt maar, integendeel, juist van economische stagnatie, waarbij de huurprijzen van vergelijkingspanden niet krachtens een indexeringsclausule zouden stijgen maar juist krachtens een prognose een neergaande tendens op het punt van huurprijsontwikkeling viel waar te nemen:[31]

> Deze door de Rechtbank gegeven prognose komt erop neer dat de indexering van de huurprijs van vergelijkbare panden geen stand zal houden. Door de op die grond verzochte indexering af te wijzen, heeft de Rechtbank geen rechtsregel geschonden.

Hieruit blijkt dat de marktontwikkeling aangaande de huurprijzen van vergelijkingsobjecten een belangrijke rol kan spelen bij de vraag of in een bepaalde kwestie het redelijk is dat een indexeringsclausule aan de nader vastgestelde huurprijs kan worden verbonden. Een aantoonbare neergaande tendens c.q. prognose in de marktontwikkeling van vergelijkingspanden verhinderde naar het oordeel van de Hoge Raad in elk geval het verbinden van een indexeringsclausule aan een nader vastgestelde huurprijs.

Een speciale vordering hiertoe kon in de praktijk worden gecombineerd met de hoofdvordering maar moest wel nauwkeurig worden geformuleerd, met name terzake van de precieze tekst van de gevorderde indexeringsclausule. De verhuurder hanteerde daarbij doorgaans als argument dat in de materie van nadere huurprijsvaststellingen met de invloed van inflatie rekening moest worden gehouden, temeer nu de markt opgaand was en ook na de referentieperiode een opgaande tendens zou blijven vertonen.

Een nadrukkelijke rol speelde hierbij dat de in het toenmalige artikel 7A:1632a BW vastgelegde maatstaf voor nadere huurprijsvaststelling de frase bevatte dat nadere huurprijsvaststelling 'ongeacht enig andersluidend beding' mogelijk was. Door deze frase was de bevoegdheid van de rechter een indexeringsclausule aan de nadere huurprijsvaststelling te verbinden niet uitgesloten of beperkt. In het nieuwe huurrecht ontbreekt evenwel deze frase in artikel 7:303 BW, het nieuwe artikel waaruit blijkt op welk moment nadere huurprijsvaststelling kan worden gevorderd en welke maatstaf daarbij dient te gelden. Daarnaast heeft de wetgever geen speciale voorziening in de wet opgenomen ter codificatie van de door de Hoge Raad sedert 1981 gecreëerde

31 HR 18 juni 1982, *NJ* 1982, 545.

principiële mogelijkheid een indexeringsclausule aan de nader vastgestelde huurprijs te verbinden.

Op grond van het bovenstaande dringt de vraag zich op of in het nieuwe huurrecht, vanuit de bedoeling van de wetgever bezien, in beginsel nog wel plaats is voor de mogelijkheid een indexeringsclausule aan de nadere huurprijsvaststelling te verbinden. De nieuwe wet biedt daartoe geen uitdrukkelijke mogelijkheid of impliciete opening. Bovendien zijn er andere uitspraken van de Hoge Raad dan de hierboven aangehaalde uit 1981 en 1982, waaruit geenszins kan worden afgeleid dat ook zonder de wettelijke frase 'ongeacht enig andersluidend beding' het per definitie in de bedoeling van de wetgever kan liggen ook na de ingangsdatum van de nadere vastgestelde huurprijs in te breken in het wettelijke systeem door het opnemen van een indexeringsclausule. Ronduit negatief luidt het principiële oordeel van de Hoge Raad in 1985:[32]

> Voor de tijd die verstrijkt sedert het einde van de referentieperiode tot de dag waarop de huurprijs opnieuw nader wordt vastgesteld, heeft de wetgever geen voorziening getroffen en in de wetsgeschiedenis is geen aanwijzing te vinden, dat de rechter ook nog rekening moet houden met de 'ontwikkeling van het prijspeil' gedurende die aldus verstreken tijd.

Deze als laatste vermelde uitspraak staat principieel lijnrecht tegenover de uitspraak van de Hoge Raad in 1981. De Hoge Raad redeneerde in 1981 immers dat de wetgever door middel van de herleidingssystematiek gedurende de referentieperiode rekening houdt met geldontwaarding. Hiermee erkent hij, zo redeneerde de Hoge Raad, tevens het belang van de geldontwaarding voor de periode ná de referentieperiode, dat wil zeggen vanaf de ingangsdatum van de nader vastgestelde huurprijs, hetgeen een dogmatische rechtvaardiging van een indexeringsclausule betekende. Uit de daarop volgende uitspraak van de Hoge Raad in 1982 kan worden afgeleid dat de prognose van een opgaande markt het opnemen van een indexeringsclausule tevens vanuit het perspectief van de redelijkheid rechtvaardigde. In 1985 redeneerde de Hoge Raad evenwel dat de wetgever voor de periode vanaf de ingangsdatum geen voorziening heeft getroffen en kennelijk ook niet heeft willen treffen waarbij rekening gehouden moet worden met de ontwikkeling van het prijspeil. Dit laatste neemt niet weg dat in de praktijk een gevorderde indexeringsclausule bij gebreke van substantieel verweer er wel eens door heen glipt; immers, alle aandacht richt zich op de nadere huurprijsvaststelling op zichzelf.[33]

Conclusie
Het lijkt in de praktijk in beginsel redelijk dat (alsnog) een indexeringsclausule wordt opgenomen, ondanks het feit dat de frase in het oude huurrecht 'ongeacht enig

32 HR 11 oktober 1985, *NJ* 1986, 40.
33 HR 20 oktober 1989, *NJ* 1989, 898.

andersluidend beding' in de formulering van de wettelijke maatstaf van nadere huurprijsvaststelling in het nieuwe huurrecht niet is teruggekeerd. Doorgaans is in de meeste andere huurovereenkomsten een indexeringsclausule opgenomen, waardoor ook het merendeel van andere huurprijzen jaarlijks wordt aangepast, zodat het alsnog opnemen van een indexeringsclausule in een enkele uitzonderingskwestie gerechtvaardigd lijkt, met name teneinde de ontwikkeling van het algehele huurprijsniveau gelijke tred te laten houden. Deze ontwikkeling voltrekt zich niet alleen ten opzichte van elkaar, maar tevens ten opzichte van de geldontwaarding, waarmee een ieder op gelijke wijze te kampen heeft.

Het is evenwel dubieus of op deze wijze (vanaf 1 augustus 2003) inbreuk kan worden gemaakt op de contractsvrijheid van de partijen bij aanvang van de huur uitdrukkelijk geen indexeringsclausule overeen te komen. Daarbij zij in meer algemene zin benadrukt dat het doorgaans de verhuurder is die de huurovereenkomst heeft opgesteld en in de praktijk van de opgaande markt als primair belanghebbende bij jaarlijkse indexering van de huurprijs moet worden beschouwd. Indien de verhuurder heeft nagelaten een indexeringsclausule in de huurovereenkomst op te nemen, is en blijft deze gebonden aan het ontbreken daarvan, hetgeen kennelijk diens aanvankelijke keuze was. Bovendien vertoont de rechtspraak van de Hoge Raad vanuit dogmatisch opzicht een sterk wisselend beeld. Voorts ontbeert artikel 7:303 BW een uitdrukkelijke mogelijkheid dan wel een impliciete opening voor een dergelijke voorziening. Vanuit dogmatisch oogpunt is derhalve het verbinden van een indexeringsclausule aan een nadere vastgestelde huurprijs eenvoudigweg niet mogelijk. Daarnaast is het belang van de geprognotiseerde opgaande markt ter rechtvaardiging van een indexeringsclausule een sterk van de betreffende feiten en omstandigheden afhankelijke norm. De ene locatie is de andere niet en de marktsituatie kan plotseling abrupt wijzigen, zoals bijvoorbeeld het geval was in de periode na 1982 en vanaf 2002, welke plotselinge fluctuaties, die niet per definitie parallel lopen met de geldontwaarding, bovendien een zo sterk wisselende tendens kan betekenen dat het niet redelijk is een huurcontractspartij voor een periode van vijf jaar aan een indexeringsclausule te binden. Met name indien huurcontractspartijen bij aanvang van de huur niet uitdrukkelijk zijn overeengekomen dat de huurprijs aan een bepaalde indexering onderhevig is, is er geen redelijke grond om inbreuk te maken op de contractsvrijheid van partijen. Aldus ontstaat de indruk dat het verbinden van een indexeringsclausule aan een nader vastgestelde huurprijs ogenschijnlijk redelijk lijkt, maar vanuit dogmatisch oogpunt in het nieuwe huurrecht onmogelijk.

11.9 De maatstaven voor de nader vast te stellen huurprijs

11.9.1 Achtergronden en strekking van de thans geldende maatstaven

Het huurrecht voor bedrijfsruimten gaat, zoals hierboven reeds is vermeld, uit van de vrijheid van partijen bij de aanvang van de huurovereenkomst tot het vaststellen van de huurprijs. Bij de parlementaire behandeling van de wet van 28 januari 1971 is dat

uitdrukkelijk aan de orde gekomen en dit beginsel blijft ook na 1 augustus 2003 onverkort van kracht. Wel werden in 1971 wettelijke regelingen gecreëerd op grond waarvan de rechter desverzocht de huurprijs nader kon vaststellen, 'indien deze niet meer overeenstemt met die van vergelijkbare bedrijfsruimten', het aloude criterium dat als kern van de maatstaf voor nadere huurprijsvaststelling ook in het nieuwe huurrecht onverkort geldt. De oude wet, die de later toegevoegde elementen als 'ter plaatse' en de referentieperiode nog niet kende, leidde tot schoksgewijze huurprijsaanpassingen die tot maatschappelijke onrust leidden. Veel huurders die geconfronteerd werden met een nadere huurprijsvaststelling konden deze niet betalen en moesten op de een of andere manier van de huurovereenkomst afkomen, hetgeen in sommige schrijnende gevallen op korte termijn niet mogelijk was. Met name de huurprijsvaststellingsprocedures waarbij op basis van vergelijkingspanden aan de Lijnbaan te Rotterdam de huurprijs nader werd vastgesteld, waren fameus en leidden tot schrijnende gevallen, zoals die van een winkelier uit de provincie die een huurprijs moest gaan betalen op het niveau van de recentelijk totstandgekomen 'dure' winkelpromenade te Rotterdam. Dit kon gebeuren vanwege het ontbreken van enige geografische beperking bij het bezigen van vergelijkingspanden; de frase 'ter plaatse' kende de wet immers nog niet. Dit leidde ertoe dat de wetgever in 1975 inderhaast een aanpassing op de wet doorvoerde waarin het schoksgewijze karakter van de huuraanpassing werd verminderd. Hiertoe werd de frase 'ter plaatse' aan het boven vermelde basiscriterium toegevoegd.

Toen kort na 1975 bleek dat deze aanpassing ontoereikend was, werd in de Tweede Kamer wederom gesproken over de noodzaak van een verdere dempende of matigende factor teneinde te voorkomen dat huurprijzen werden aangepast tot het niveau van de gangbare markthuurprijs. Hiertoe werd in 1980 de referentieperiode ingevoerd, op grond waarvan de nadere huurprijs werd vastgesteld op basis van het gemiddelde van de huurprijzen van de voorliggende vijf jaar. Als gevolg hiervan kon worden voorkomen dat de nader vastgestelde huurprijs het marktprijsniveau bereikte.

Ook de per 1 augustus 2003 geldende wetgeving kent nog steeds de contractvrijheid bij aanvang van de huurovereenkomst. De wijze waarop de huurprijs in een later stadium nader kan worden vastgesteld is bij wet en nader uitgewerkt in jurisprudentie aanmerkelijk genuanceerd en wel in die zin dat al te krasse huurprijsstijgingen dienen te worden voorkomen en dat de rechter meer armslag heeft onbillijkheden recht te zetten. Vanuit het perspectief van deze achterliggende strekking van de nadere huurprijsvaststellingssystematiek bestaan thans niet alleen de in de wet vastgelegde objectieve maatstaven doch tevens het in de rechtspraak ontwikkelde leerstuk van de zgn. 'bijzondere omstandigheden', welke voor verdere nuancering en verfijning van de wettelijke criteria zorgdragen. In de volgende paragraaf (11.9.2) worden de objectieve wettelijke maatstaven behandeld, waarna vervolgens de zgn. 'bijzondere omstandigheden' aan de orde komen (paragraaf 11.10).

11.9.2 De objectieve wettelijke maatstaf

De vernieuwde hoofdregel van artikel 7:303 lid 2 BW
In dit hoofdstuk staat centraal de in de wet vastgelegde objectieve maatstaf op grond waarvan volgens de wetgever de nieuwe huurprijs tot stand dient te komen. De hiermee samenhangende wettelijke criteria vormen het zwaartepunt van de nadere huurprijsvaststelling en is niet kort en eenvoudig te behandelen, ondanks de per 1 augustus 2003 vereenvoudigde en op onderdelen aangepaste wettelijke regeling van artikel 7:303 e.v. BW. We gaan bij de beantwoording ervan stap voor stap te werk, beginnend bij het wettelijk voorschrift van artikel 7:303 lid 2 BW. (In paragraaf 11.2 is de nieuwe wettekst voor de duidelijkheid volledig vermeld.)

In vergelijking met de hoofdregel in het oude huurrecht valt op dat de aloude frasen dat nadere huurprijsvaststelling mogelijk is 'wanneer tussen partijen geen overeenstemming bestaat over de wijziging van de huurprijs (…)'[34] dan wel 'ongeacht enig andersluidend beding (…)'[35] zijn geschrapt. Het feit dat dat met de als eerste genoemde frase is gebeurd, houdt verband met het nieuwe vereiste van een voorafgaand deskundigenadvies op de voet van artikel 7:304 BW, welke ontvankelijkheidsdrempel de plaats heeft ingenomen van de niet eenduidig te beantwoorden vraag of voorafgaand overleg noodzakelijk was (de Hoge Raad vond van niet, maar de lagere rechtspraak gaf blijk van een daarvan afwijkend beeld – zie hierover nader paragraaf 11.4 hierboven). De als tweede genoemde frase is geschrapt omdat het nieuwe artikel 7:303 lid 1 sub b BW krachtens artikel 7:291 lid 1 BW van semi-dwingend recht is en dus om die reden vóór gaat op andersluidende partijafspraken.

Tevens valt op de tweede zin van artikel 7:303 lid 2 BW. Op basis hiervan krijgt de rechter vanaf 1 augustus 2003 van de wetgever meer armslag. Bij gebreke van met name op basis van de wettelijke maatstaf benodigde gegevens, als geformuleerd in de eerste zin van artikel 7:303 lid 2 BW, mag de rechter zelf een inschatting maken aan de hand van de maatstaf als richtsnoer. Deze wettelijke voorziening kende men onder de vigeur van het oude huurrecht niet. In de praktijk bleek evenwel dat het voor de rechter soms onmogelijk was, nadat deze al of niet advies had ingewonnen bij de Bedrijfshuuradviescommissie, in een bepaalde kwestie de huurprijs nader vast te stellen precies op basis van de in de wet vastgelegde en in de rechtspraak nader ontwikkelde maatstaven en daarbij bovendien een volledig sluitende objectieve motivering te verstrekken. Vooral indien geschikte vergelijkingspanden ontbraken waarvan de huurprijzen zich over de gehele referentieperiode uitstrekten, was het schier ondoenlijk precies op basis van de wettelijke maatstaven een nadere huurprijs vast te stellen Ook bijvoorbeeld de waardering van verbeteringen, per 1 augustus 2003 op de voet van het nieuwe artikel 7:303 lid 3 BW, was een inschatting van de deskundigen en de rechter, en meer regel

34 Art. 7A:1626 lid 3 BW en art. 7A:1631a lid 8 BW.
35 Art. 7A:1632a BW.

dan uitzondering. De rechter ontkwam er soms op meerdere onderdelen van zijn vonnis niet aan over te gaan tot een inschatting, al of niet daarbij een ingewonnen deskundigenadvies van dezelfde strekking volgend. De Hoge Raad achtte dit volgens vaste rechtspraak in het oude huurrecht toelaatbaar, omdat ook hij van oordeel was dat de wettelijke vergelijkingsmaatstaf niet exact is en dat het in de regel onontbeerlijk is bij het op passende wijze rekening houden met verschillen deskundigen tot een inschatting over te gaan, waarbij zij hun eindoordeel zullen moeten putten uit ervaring en intuïtie.[36] Deze inschattingsmogelijkheid (-noodzaak) van deskundigen en derhalve tevens van de rechter die zich doorgaans op een deskundigenadvies moet verlaten, is per 1 augustus 2003 gecodificeerd in artikel 7:303 lid 2 tweede zin BW.

De uitwerking van de wettelijke criteria kan als volgt worden omschreven:
– van de vergelijkbare panden worden de huurprijzen per m^2 per jaar gedurende de referentieperiode van vijf jaar (of minder, als het pand korter verhuurd is geweest: het buiten beschouwing laten van dergelijke panden is onjuist) voor elk jaar vastgesteld. Eventueel vindt, als er ook panden in aanmerking worden genomen die niet volledig vergelijkbaar zijn, een correctie plaats om het verschil te verdisconteren;
– de gevonden jaarprijzen per m^2 worden aan de hand van het prijsindexcijfer herberekend tot prijzen in het jaar van het instellen van de vordering;
– van de aldus verkregen prijzen wordt het gemiddelde berekend (dat is dan dus een gemiddelde prijs per m^2 per jaar). Dat gegeven wordt weer vermenigvuldigd met het aantal m^2s van het pand waarvan de huurprijs nader moet worden vastgesteld.

Het met het bovenstaande verbonden rekenwerk levert in de praktijk vaak moeilijkheden op. De wet beoogt dat er één gemiddelde prijs moet worden berekend, waarbij het gewicht van de huurprijs van de betrokken objecten gerelateerd is aan de mate waarin deze in de referentieperiode zijn gelegen. Abusievelijk wordt wel eens eerst per vergelijkingsobject een gemiddelde prijs berekend, waarna vervolgens de gemiddelde prijs over de gezamenlijke vergelijkingsobjecten wordt gecalculeerd. Deze gang van zaken is niet in overeenstemming met de wettelijk voorgeschreven methodiek en de daaraan ten grondslag liggende bedoeling van de wetgever. De huurprijs van een object die over de volle referentieperiode van vijf jaar bekend is, dient immers zwaarder mee te wegen dan een huurprijs van een object die slechts over drie van de vijf jaar bekend is. Indien dergelijke verschillen niet tot uitdrukking komen in de huurprijsberekening, wordt aan de wettelijke methodiek en de bedoeling van de wetgever geweld gedaan. Overigens is evenzeer onjuist het berekenen van de gemiddelde huurprijs van een geheel winkelcentrum en de gemiddelden van meerdere winkelcentra weer middelen met bijvoorbeeld alleenstaande objecten.

36 HR 20 oktober 1989, *NJ* 1989, 898 en HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 361.

Onderdeel 1: (bedrijfsruimte) 'ter plaatse'
De wet spreekt in artikel 7:303 lid 2 BW over 'ter plaatse', een algemene term met een niet nader geconcretiseerde geografische aanduiding. Het begrip is rekbaar, waardoor bijvoorbeeld ook vergelijkbare bedrijfsruimte buiten de gemeente geschikt kan zijn. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad dient men bij gebreke van vergelijkingspanden in de onmiddellijke nabijheid van het object waarvan de huurprijs nader moet worden vastgesteld, uit te wijken naar elders gelegen vergelijkbare plaatsen, waarbij rekening moet worden gehouden met de aard van het gehuurde en andere bijzondere omstandigheden van het concrete geval.[37] Indien ook in elders gelegen vergelijkbare plaatsen geen geschikte vergelijkingspanden zijn te vinden, is het volgens rechtspraak van de Hoge Raad toegestaan andere ter plaatse aanwezige bedrijfsruimte in ogenschouw te nemen, dat wil zeggen overige bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:230A BW.[38]

In de praktijk zoekt men eerst naar de nabijgelegen panden. Indien geen geschikt vergelijkingsmateriaal voorhanden is, gaat men vanuit concentrische cirkels rond het object waarvan de huurprijs nader dient te worden vastgesteld, verder kijken: een paar straten verderop, een andere (soortgelijke) wijk, een andere stad of zelfs een andere provincie. Deze systematiek moet een werkbare en zo objectief mogelijke vergelijking van huurprijzen opleveren. Men kan hierbij creatief te werk gaan voor zover met geringe of grotere verschillen met de vergelijkingspanden maar rekening wordt gehouden.
Een voorbeeld van de rekbaarheid van het begrip 'ter plaatse' uit de jurisprudentie is het geval waarbij de huurprijs van een benzinestation aan de ringweg van Utrecht nader moest worden vastgesteld. In dat geval waren er wel voldoende vergelijkbare bedrijfsruimten ter plaatse aanwezig (28 benzinestations en verhuurd door de gemeente Utrecht voor een bedrag gelijk aan 2,5% van de bruto-omzet) doch achtte de Hoge Raad vergelijken met objecten in andere daarvoor in aanmerking komende gemeenten passender:[39]

'Indien zich een situatie als de onderhavige voordoet, waarin de huurprijzen van de vergelijkbare bedrijfsruimten binnen de gemeente, doordat zij alle door één verhuurder konden worden bepaald, op één onderling gelijk niveau zijn gehandhaafd en aldus in de betreffende periode geheel aan een vrije ontwikkeling van het huurprijsniveau zijn geweest.'

Uit deze uitspraak vloeit voort dat, indien sprake is van in beginsel geschikte vergelijkingspanden 'ter plaatse' die evenwel in handen zijn van slechts één eigenaar, dergelijke panden vermoedelijk geen geschikte vergelijkingsobjecten zijn en men behoort om te

37 HR 19 december 1980, *NJ* 1980, 266 en HR 10 december 1982, *NJ* 1983, 215.
38 Rb. Den Bosch 12 juni 1991, *Prg*. 1991, 3525.
39 HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 788.

zien naar andere en elders gelegen vergelijkingspanden, die in handen zijn van andere eigenaren. In de praktijk spreekt men van een zgn. 'monopoloïde situatie', waarbij nabijgelegen vergelijkingspanden ongeschikt zijn om ten grondslag te nemen aan nadere huurprijsvaststelling omdat ze niet aan vrije prijsontwikkeling onderhevig zijn geweest.

De monopoloïde verhuurder
Indien, zoals reeds eerder kort is aangeduid, in een concreet geval van nadere huurprijsaanpassing sprake is van één verhuurder tegenover meerdere huurders, met name in grotere of kleinere winkelcentra, dan geldt een in de praktijk belangrijke nuancering van het wettelijke criterium 'ter plaatse'. De monopoloïde verhuurder moet beseffen dat de (door hem) aangedragen vergelijkingspanden niet onttrokken mogen zijn aan een vrije en duurzame prijsontwikkeling. De reden van oplettendheid is in de kern samengevat de navolgende. Indien de monopoloïde verhuurder met een (groot) deel van de winkeliers in het winkelcentrum 'in minnelijk overleg' tot een door hem gewenste huurverhoging komt, staat het deze niet vrij de door hem gerealiseerde verhoogde huren vervolgens als vergelijkingspanden te presenteren/te gebruiken in nadere huurprijsvaststellingsprocedures om de 'achterblijvers' dat wil zeggen de winkeliers die de verhoging weigeren, via de rechter tot een huurverhoging te dwingen. Dit kunstmatig gekweekte 'vergelijkingsmateriaal' is in strijd met de strekking van de kern van de wet, waarin een objectieve maatstaf is vastgelegd, waarbij 'vrije en duurzame prijsontwikkeling' als hoogste goed in het vaandel staat, alle verder nuanceringen ten spijt. In artikel 7:303 lid 2 BW wordt, gelijk als in het oude huurrecht, de maatstaf geformuleerd voor de wijze waarop huurprijzen als de onderhavige nader dienen te worden vastgesteld.

De Parlementaire Geschiedenis die ten grondslag lag aan de wetswijziging van 1980, biedt nader inzicht in de strekking van de wetgever bij nadere huurprijsvaststelling.[40] Deze hield in:

> Het komt voor dat de laatst bekende huurprijs welke bij een nieuwe tot stand gekomen overeenkomst is overeengekomen tot uitgangspunt wordt genomen. Het komt ons evenwel voor dat op deze wijze het geval bestaat dat een prijs wordt gehanteerd waarvan niet voldoende vaststaat dat deze huurprijs deel uitmaakt van een duurzame prijsontwikkeling. Wij menen dat het bevredigender is een referentieperiode tot uitgangspunt te nemen (…). Dat betekent dus dat de rechter moet nagaan hoe de huurprijsontwikkeling van de vergelijkbare bedrijfsruimte in de voorafgaande (…) jaren is geweest.

Mr. Ten Kate, de Advocaat-Generaal die de Hoge Raad adviseert, legde het in de hierboven aangehaalde kwestie helder uit:[41]

---

40 Kamerstukken II (MvT) 1978/1979, 15 666, nr. 3, p. 3, laatste alinea en p. 4, eerste alinea.
41 Mr. Ten Kate in zijn Conclusie voor HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 788.

> (…) Het is zaak te zorgen dat de huurprijs het algemeen niveau van de huurprijzen van vergelijkbare panden – de marktontwikkeling – volgt (…). Het gaat dus in de veronderstelling van de wetgever primair om een controle aan de hand van hetgeen aan prijzen in het vrije verkeer met betrekking tot vergelijkbare objecten ter plaatse tot stand gekomen is. In dat verband spelen bestaande (min of meer) monopolieposities mee. (…) Blijkt echter dat door een bestaande monopoliepositie van de verhuurder ter plaatse de huur mede bepaald wordt en blijft door factoren die met de huurwaarde van de betrokken bedrijfsruimten niets te maken hebben en die in de loop van de tijd niettemin op de geldende huurprijs een belangrijke invloed hebben gehad (…), en er in de primair in aanmerking te nemen regio geen voldoende andere vergelijkbare bedrijfsruimten zijn waarvan de huurprijs is bepaald op een wijze als (…) bedoeld, dan kan er aanleiding zijn – om de door de wetgever bedoelde toets toch te doen werken en een mogelijk te vergaande verlammende invloed van het monopolie op de plaatselijke prijsvorming vast te stellen – de uitkomst van de geldende huur te toetsen aan de desbetreffende huurprijsvorming in andere regio's.

De Hoge Raad borduurde onder r.o. 3.2 van zijn op het bovenstaande gebaseerde uitspraak hierop voort:

> dat met vergelijkbare objecten in andere, daarvoor in aanmerking komende gemeenten rekening moet worden gehouden, indien zich een situatie als de onderhavige voordoet, waarin de huurprijzen van de vergelijkbare bedrijfsruimten binnen de gemeente, doordat zij alle door een verhuurder konden worden bepaald, op een onderling gelijk niveau zijn gehandhaafd en aldus in de betreffende periode geheel aan een vrije ontwikkeling van het huurprijsniveau onttrokken zijn geweest.

Aldus blijkt dat een monopoloïde situatie een omstandigheid is die nadere invulling kan geven aan het (rekbare) begrip 'ter plaatse' en in de praktijk kan verhinderen dat panden in het winkelcentrum, beheerst door een monopoloïde verhuurder, als vergelijkingsobjecten kunnen dienen vanwege de verlammende invloed van het monopolie op de vrije prijsontwikkeling, een situatie die de wetgever als onwenselijk beschouwt. Op dit punt wordt verwezen naar de eerder vermelde uitspraak van de Hoge Raad in de kwestie van de benzinestations, waarin sprake was van benzinestations die alle in eigendom waren van één verhuurster, namelijk de gemeente Utrecht. Alle huurprijzen werden door die ene verhuurster bepaald en op onderling gelijk niveau gehandhaafd. De huurprijzen waren, zo was in de procedure komen vast te staan, geheel aan een vrije ontwikkeling van het huurprijzenniveau onttrokken geweest. De wet heeft, zoals vermeld, als strekking de ontwikkeling van het algemene niveau van huurprijzen van vergelijkbare bedrijfsruimte (vertraagd) te volgen. Dat was dan ook de logische reden dat moest worden vergeleken met benzinestations *buiten* de gemeente Utrecht.

In een andere uitspraak van de Hoge Raad[42] ging het om een winkelcentrum genaamd de Muntpassage te Weert. De eigenaresse, Nationale Nederlanden, vorderde van twaalf winkels op een totaal van vijftig door haar verhuurde winkels nadere

huurprijsvaststelling. In eerste aanleg achtte de kantonrechter (interne) vergelijking met winkels binnen de Muntpassage op zichzelf toelaatbaar. De rechtbank oordeelde echter – kortweg – dat, overigens conform het landelijke beleid van de BHAC, niet binnen doch buiten de Muntpassage vergelijkingspanden moesten worden gezocht, die niet aan een vrije marktontwikkeling onttrokken zijn geweest. De Hoge Raad was het met de rechtbank eens. De algemene strekking van deze uitspraak is dan ook dat het in de vergelijking betrekken van de andere (aan dezelfde eigenaar toebehorende) winkelruimten binnen hetzelfde winkelcentrum als te vergelijken bedrijfsruimte ter wille van de objectiviteit 'beter kan worden vermeden'. Deze uitspraak kan, met name vanwege de als laatste vermelde woorden worden beschouwd als minimumnorm, omdat indien in soortgelijke gevallen de verlammende werking van de monopoloïde verhuurder op de huurprijsontwikkeling aannemelijk kan worden gemaakt, het ronduit niet toelaatbaar is dat vergelijkingspanden binnen het winkelcentrum ten grondslag liggen aan de nader vast te stellen huurprijs.

In het verlengde van het bovenstaande bestaan meerdere instructieve uitspraken van de Hoge Raad. In een uitspraak in 1996 oordeelde de Raad[43] dat alleen al op grond van de monopoliepositie van de verhuurder in het winkelcentrum het 'aanbeveling' verdient dat de BHAC niet alleen maar vergelijkingspanden uit dat winkelcentrum bij de vergelijking betrekt, ook al staat niet vast dat de panden in het winkelcentrum aan een vrije ontwikkeling van het huurprijzenniveau zijn onttrokken. Ook deze uitspraak geeft, gelijk als de in de vorige alinea vermelde uitspraak van de Hoge Raad, blijk van een minimumnorm. Uit een en ander blijkt dat een afweging van feiten en omstandigheden ten grondslag ligt aan de beslissing van de rechter of de huurprijzen van panden die in handen zijn van één monopoloïde verhuurder, aan een vrije marktontwikkeling onttrokken zijn geweest, op grond waarvan het betrekken van vergelijkingsobjecten in de (directe) nabijheid van het winkelcentrum of andere (soortgelijke) winkelcentra, zulks ter wille van de objectiviteit als hierboven reeds kort beschreven, 'tot aanbeveling' strekt. Niet noodzakelijk is daarbij dat komt vast te staan dat de huurprijzen van vergelijkingspanden daadwerkelijk aan een vrije marktontwikkeling onttrokken zijn geweest.

Het belang van een vrije en duurzame prijsontwikkeling kan zich ook op een ander terrein voordoen. Dit aspect speelde (ook) een rol in de boven behandelde uitspraak van de Hoge Raad uit 1996. Deze zaak had betrekking op winkelcentrum de Aarhof te Alphen aan den Rijn (met circa vijftig huurders), waarin een meerderheid van de huurders langs minnelijke weg akkoord was gegaan met een nieuwe (hogere) huurprijs. Een kleine minderheid verzette zich. Het winkelcentrum was lopende de referentieperiode gerenoveerd voor een bedrag ad circa *f* 9.000.000,–. De Hoge Raad oordeelde dat de andere objecten in het winkelcentrum wel in de vergelijking mochten worden

42 HR 11 mei 1990, *NJ* 1990, 530.
43 HR 10 mei 1996, *NJ* 1996, 670.

betrokken maar dat deze objecten vóór de renovatie niet zonder meer vergelijkbaar waren met het te vergelijken bedrijfsobject in de, ten gevolge van de renovatie, verbeterde situatie waarin dat object ten tijde van het instellen van de vordering verkeerde. Nota bene: de renovatie duurde van maart 1991 t/m april 1992; de vordering tot nadere huurprijsvaststelling werd ingesteld op 27 oktober 1992; de referentieperiode liep (derhalve) van 27 oktober 1987 tot 27 oktober 1992. Er was in april 1992 sprake van aanzienlijke verschillen in hoogte van de huurprijzen binnen het winkelcentrum. De Hoge Raad oordeelde – kortweg – dat dit laatstgenoemde element als consequentie heeft dat met die verschillen op passende wijze rekening dient te worden gehouden, omdat deze een bijzondere omstandigheid vormen en dat de feitenrechter dit nader en specifiek moet invullen. In samenhang met een renovatie als bijzondere omstandigheid beoordeelde de Hoge Raad de wijze waarop de feitenrechter was omgegaan (en in algemene zin dient om te gaan) met een bijzondere omstandigheid als een monopoloïde verhuurderssituatie als de onderhavige. Eerder oordeelde de rechtbank – kortweg – dat het niet zozeer in principiële redenen ligt om vanwege een monopoliesituatie interne vergelijking te sanctioneren, doch dat 'de bedoelde monopoliesituatie naar haar oordeel wel meebrengt dat het aanbeveling verdient dat de BHAC niet alleen maar panden uit De Aarhof in haar vergelijking betreft'. De Hoge Raad onderschreef dit oordeel en verwees naar de beoordelingsvrijheid van de feitenrechter terzake van de keuze van vergelijkingspanden. De Hoge Raad voegde hieraan nog toe dat de hierboven weergegeven 'aanbeveling' van de rechtbank aan de BHAC niet afhankelijk behoeft te zijn van een gesteld of gebleken ontbreken van een vrije ontwikkeling van het marktmechanisme of van een onttrekking aan het huurprijzenniveau. Voor de duidelijkheid verwees de Hoge Raad nog naar de Parlementaire Geschiedenis die de strekking van de wet helder aanreikt.[44]

Huurders kunnen de rechtspraak van de Hoge Raad als uitnodiging beschouwen om in het kader van een nadere huurprijsvaststelling degelijk gedocumenteerd te betogen dat, in tegenstelling tot hetgeen vermoedelijk de verhuurder tracht te bewerkstelligen, *buiten* het betreffende winkelcentrum door de BHAC dient te worden gezocht naar vergelijkingspanden. Reeds in het kader van een in gezamenlijk overleg totstandkomend deskundigenadvies op de voet van artikel 7:304 BW moet hieraan uitdrukkelijk aandacht worden besteed, zodat de ingeschakelde deskundigen tijdig op het juiste spoor worden gezet. Indien (mogelijkerwijs vanwege een geschil van inzicht tussen huurcontractspartijen op dit specifieke punt, hetgeen niet onaannemelijk is) een deskundigenadvies niet in gezamenlijk overleg tot stand kan komen, dient de kantonrechter bij diens benoeming van de deskundigen op de voet van artikel 7:304 lid 2 BW en het formuleren van de opdracht aan de deskundigen hiermee rekening te houden, zulks ter voorkoming van latere discussies en nadere deskundigenadvisering op dit punt welke tot vertragingen kunnen leiden.

---

44 Kamerstukken II (MvA) 1979/1980 15 666, nr. 5, p. 1.

Indien ingewonnen deskundigenadvies op de voet van artikel 7:304 BW niet kan voorkomen dat (verder) moet worden geprocedeerd, is het voor de huurder raadzaam meteen na aanvang van de bodemprocedure, een zgn. (voorwaardelijke) tegenvordering tegen de verhuurder in te stellen waarbij (gemotiveerd) gevorderd wordt dat vergelijkingspanden buiten het winkelcentrum bij de vergelijking betrokken worden Dit kan de rechter ertoe brengen betrekkelijk vroeg in de procedure hierover een beslissing te nemen die grote invloed heeft op de instructie aan de deskundigen in het kader van eventuele nadere advisering. Aldus bestaat de mogelijkheid controle over de procedure te krijgen dan wel te behouden. Concrete voorstellen zijdens de huurder dienen derhalve voorafgaand (op de voet van artikel 7:304 lid 2 BW) aan dan wel tijdig in de procedure te worden ingebracht, zodat de deskundigen tijdig door de rechter op het naar het oordeel van de huurder juiste spoor kan worden gezet. Het belang hiervan kan onder bepaalde omstandigheden groot zijn, juist vanwege de doorgaans sterke verschillen tussen de huurprijzen van het winkelcentrum met zijn hoogwaardige winkels en die van de leeggezogen en gedevalueerde omgeving met de daarbij behorende lagere huurprijzen. Voor de verhuurder geldt uiteraard het tegenovergestelde, waarbij het raadzaam is dat deze zich tijdig beraadt over een eventueel verweer van de huurder betreffende diens monopoloïde positie en aannemelijk kan maken dat huurprijsontwikkeling binnen het betreffende winkelcentrum *niet* aan een vrije marktontwikkeling onttrokken is geweest. Hiertoe kunnen aantoonbare huurprijsmutaties die (eveneens aantoonbaar) op vrijwillige basis door huurders zijn aanvaard, een rol spelen.

Onderdeel 2: 'vergelijkbare bedrijfsruimte'

– *De vergelijkbaarheid*

De vraag of in een concreet geval een bepaald vergelijkingspand nu wel of niet vergelijkbaar is, is in de praktijk voornamelijk afhankelijk van factoren zoals de ligging (A1-locatie, B-locatie e.d.) ten opzichte van de passantenstroom, de eventueel daarmee samenhangende uitstraling van het pand, het voorzieningenniveau, de onderhoudstoestand, de ouderdom van het pand, de eventuele parkeerfaciliteiten, de grootte van het pand alsook de indeling en de puibreedte ten opzichte van de diepte van het pand. Doorgaans bestaat de neiging bij de beoordeling van de vergelijkbaarheid tevens de bestemming van het pand te betrekken, hetgeen evenwel niet zonder meer is toegestaan. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad mogen verschillen in bestemming slechts in aanmerking worden genomen indien en voorzover zij tot uitdrukking komen in de bouwkundige gedaante.[45] Onder omstandigheden kan het evenwel aanvaardbaar worden geacht de voorkeur te geven aan vergelijkingspanden met dezelfde bestemming (indien in voldoende aantal voorradig), boven een vergelijkingspand met een afwijkende bestemming.[46]

45 HR 25 oktober 1985, *NJ* 1986, 71; HR 6 maart 1987, *NJ* 1987, 971 en HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 630.

46 Rb. Amsterdam 6 december 1995, *WR* 1996, 59.

– *De keuze van vergelijkingspanden en de rol van de deskundigen hierin*
Het is, gelijk als in het oude huurrecht, ook in het nieuwe huurrecht volledig aan de rechter om te bepalen welke aangedragen vergelijkingspanden in de beslissende vergelijking dienen te worden betrokken. Dezelfde vrijheid heeft de rechter op het hiermee samenhangende aantal vergelijkingspanden.[47] Wel dienen de geselecteerde vergelijkingspanden binnen de referentieperiode van vijf jaar verhuurd te zijn geweest, zij het dat het niet noodzakelijk is dat dat gedurende de gehele referentieperiode het geval is geweest.[48] Het gebruik van anonieme vergelijkingspanden is volgens de Hoge Raad niet toelaatbaar, omdat de rechter noch partijen op deze wijze een beeld van vergelijkingspanden kunnen vormen en gegevens niet kunnen worden gecontroleerd, laat staan bestreden.[49] In de praktijk is het gebruik ontstaan dat aan een gedegen uitspraak de huurprijzen van ten minste vijf vergelijkingspanden ten grondslag moeten liggen. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad vloeit evenwel niet voort dat een minder aantal een uitdrukkelijke motiveringsverplichting van de rechter met zich brengt.[50] Met name de schattingsvoorziening van de rechter op basis van artikel 7:303 lid 2 tweede zin BW geeft deze (ook op dit onderdeel) de nodige armslag. Wel betekent een minder aantal vergelijkingspanden (bijvoorbeeld drie) dat een enkele opwaartse of neerwaartse 'uitschieter' in meerdere mate de nader vastgestelde huurprijs kan beïnvloeden, hetgeen niet wenselijk is. Hoe meer vergelijkingspanden hoe evenwichtiger de uitkomst van een nadere huurprijsvaststellingsprocedure. Het maken van een bepaalde selectie door de deskundigen kan de objectiviteit van de vergelijkingspanden op losse schroeven zetten. Deskundigen hebben in de praktijk reeds vooraf een bepaald verwachtingspatroon over de uitkomst, hetgeen afbreuk doet aan de uitvoering van de objectieve wettelijke maatstaf. Dit selectieproces is aan het oog van partijen en de rechter onttrokken, omdat de niet geschikt geachte vergelijkingsobjecten nimmer worden bekendgemaakt. Als gevolg hiervan is in de praktijk bijna onvermijdelijk dat willekeurigheden en toevalligheden een nadere huurprijsvaststellingsprocedure binnensluipen.

Gevoegd bij de hierboven aangehaalde inschattingsmogelijkheid van de rechter krachtens artikel 7:303 lid 2, tweede zin BW dienen huurder en verhuurder uiterst opmerkzaam te blijven en na afloop van de advisering door deskundigen het opgestelde advies kritisch te bestuderen en waar mogelijk uitgebreid te betwisten. Dit brengt de rechter ertoe diens oordeel goed te motiveren. Een gebrekkige motivering van de rechter zet immers de deur open naar hoger beroep. Indien hetzelfde euvel zich in een appèlprocedure eveneens voordoet, staat daarna de cassatiedeur open naar de Hoge Raad. Met name dit laatste is van groot belang, want huurprijskwesties zijn zozeer feitelijk van inhoud dat een motiveringsklacht vrijwel de enige mogelijkheid is uiteindelijk cassatie

47 HR 20 oktober 1989, *NJ* 1989, 898; Ktr. Middelburg 24 november 1992, *Prg*. 1993, 3805 en HR 10 mei 1996, *NJ* 1996, 670.
48 HR 23 oktober 1998, *NJ* 1998, 872.
49 HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 110.
50 HR 6 maart 1987, *NJ* 1987, 971 en HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 252 en HR 6 maart 1992, *NJ* 1992, 373.

te kunnen instellen. Het is dus van het grootste belang al in een betrekkelijk vroeg stadium een dergelijk 'veiligheidsmechanisme' in te bouwen in de procedure, ook al is het lang zover nog niet. Het strekt derhalve tot aanbeveling alles uitgebreid te betwisten wat niet bevalt aan de deskundigenadvisering. Partijen krijgen hiertoe na afloop van de advisering aan de rechter ruimschoots de gelegenheid. Ook bestaat daarvoor een eerdere mogelijkheid.

Voorafgaand aan het eigenlijke inventariserende werk in het kader van een op te stellen advies aan de rechter *moeten* de deskundigen partijen namelijk horen en in de gelegenheid stellen hun standpunten, voorstellen, ideeën en concreet aangedragen vergelijkingspanden kenbaar te maken. Doorgaans gebeurt dit in het object waarvan de huurprijs nader dient te worden vastgesteld. Deze verplichting om partijen te horen berust op artikel 198 Rv. Huurders en verhuurder doen er verstandig aan deze mogelijkheid te benutten en goed gedocumenteerd te verschijnen.[51] Veelal gebeurt dit op uitnodiging van de ingeschakelde deskundige op de betreffende te vergelijken locatie, zodat in elk geval bijvoorbeeld het opmeten van het object in samenspraak van partijen kan plaatsvinden. Immers, de ervaring leert dat uiteindelijk over alles wordt getwist en dus ook over het aantal vierkante meters van het te vergelijken object.

– *Het vergelijkbaar maken van objecten*

Aan de hand van de wettelijke maatstaf behoort te worden beoordeeld of een bepaald vergelijkingspand wel of niet geschikt is om in de vergelijking te worden betrokken. Daarbij speelt de hoogte van de huurprijs strikt genomen géén rol.[52] Wel speelt een rol of een vergelijkingspand gedeeltelijk is (voor een relatief hoge huurprijs) onderverhuurd.[53] Het voor de hoofdhuurder overblijvende gedeelte kan op zichzelf beschouwd een geschikt vergelijkingsobject zijn. Niet correct is de vergelijkingshuurprijs daarvan te berekenen door de hoofdhuurprijs te verminderen met de inkomsten uit onderverhuur. Een profijtelijke onderverhuur kan namelijk een onevenredig opwaartse druk veroorzaken voor de huurprijs van het te vergelijken object. Dit laatste geldt met name indien de relatief hoge huurprijs in de onderhuurrelatie is toe te schrijven aan de verbeterde economische vooruitgang in het betreffende winkelcentrum, waarmee in de bepaling van de huurprijs bij aanvang van de huur welbewust is rekening gehouden. Een dergelijke bijzondere omstandigheid dient juist een prijsverhogend en geen prijsdrukkend effect op te leveren. De deskundige, en in diens voetspoor de rechter, kan op ondergeschikte punten niet goed vergelijkbare objecten toch vergelijkbaar maken door ongelijkheden in kaart te brengen en met behulp van een bepaald percentage de verschillen te verdisconteren.

51 Ktr. Arnhem 12 oktober 1983, *Prg.* 1983, 2086.
52 Ktr. Utrecht 21 mei 1997, *WR* 1998, 59 en Ktr. Zwolle 7 februari 1995, *WR* 1995, 80.
53 HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 480 en *WR* 2002, 64.

Zo kan een groot object met een klein object vergelijkbaar worden gemaakt door een correctie op de m^2-prijs aan te brengen, hetgeen van belang is omdat in de praktijk een klein object een relatief hoge m^2-prijs heeft en een groot object een relatief lage, welk verschil door een correctie uitgedrukt in een bepaald percentage (bijvoorbeeld +10% of –5% (correcties van meer dan 10% zijn in de praktijk een hoge uitzondering)) kan worden opgeheven / gelijkgetrokken.[54] Op dezelfde wijze kan overige bedrijfsruimte met detailhandelsbedrijfsruimte worden gelijkgemaakt.[55] Ook kan een relatief waardevol hoekpand met een neerwaartse correctie van 10% in de vergelijking worden betrokken.[56]

Ook op dit punt kan de indruk van willekeur, gissingen en toevalligheden van deskundigen zich doen gevoelen en kan de (ruime) armslag van de rechter op de voet van artikel 7:303 lid 2 tweede zin BW een zekere mate van subjectiviteit in de beslissing binnenlaten. Hoezeer dogmatisch onwenselijk, het is in de praktijk bijkans onontkoombaar en, zoals hierboven reeds vermeld, volgens vaste rechtspraak ook toelaatbaar. Eventueel kan aansluiting worden gezocht bij objectiveerbare methoden teneinde ongelijkheden op een juiste wijze te verdisconteren. Uit de rechtspraak blijkt bijvoorbeeld de zgn. 'zoneringsmethode', waarbij panden op het punt van grootte, frontbreedte en diepte ten opzichte van elkaar vergelijkbaar kunnen worden gemaakt, waarbij de huurprijzen worden uitgedrukt in m^2-ITZA: 'de vierkante meterprijs In Termen van Zone A'.[57] Hoewel de methode praktisch hanteerbaar is, is het gebleven bij een incidentele uitspraak, met name omdat de methode niet past binnen het systeem van de wet.[58]

Onderdeel 3: de referentieperiode van vijf jaar
Zoals boven reeds is uiteengezet, heeft de in artikel 7:303 lid 2 eerste zin BW vastgelegde referentieperiode van oudsher als doel het voorkomen van al te grote verschillen tussen de oude en de nieuwe huurprijs. Volgens rechtspraak van de Hoge Raad dienen de huurprijzen de grenzen van de referentieperiode niet te overschrijden: slechts voorzover zij binnen de referentieperiode hebben gegolden, kunnen ze deel uitmaken van de nadere huurprijsvaststellingsmethodiek.[59] De referentieperiode heeft een matigend (en dempend) effect, waardoor wordt voorkomen dat de nader vastgestelde huurprijs het marktniveau bereikt. Het belang van de referentieperiode is tevens dat een evenwichtige grondslag aan de nader vast te stellen huurprijs komt te liggen en dat tussentijdse pieken en dalen kunnen worden verwerkt, zoals in het eerder in deze paragraaf behandelde geval van de renovatie van het winkelcentrum de Aarhof in Alphen aan den Rijn.[60] De huurprijzen van vergelijkingspanden worden immers niet op één bepaald

54 HR 26 oktober 1972, *NJ* 1973, 48.
55 HR 10 december 1982, *NJ* 1983, 215.
56 Ktr. Leeuwarden 3 september 1992, *Prg.* 1992, 3768.
57 G. ten Have, *Taxatieleer*, 2002, p. 85 e.v.
58 Ktr. Apeldoorn 17 december 1997, *WR* 1998, 36.
59 HR 23 oktober 1998, *NJ* 1998, 872.

moment getoetst, doch over een periode van vijf jaar in de vergelijkingsmethodiek verwerkt. Aldus ontstaat niet alleen een matigend effect, doch tevens een evenwichtig beeld van huurprijzen van vergelijkingspanden. Het is op dit punt overigens mogelijk dat, indien partijen en de rechter ervan overtuigd zijn dat ook zonder het hanteren van de referentieperiode een dergelijk evenwichtig beeld bestaat, de referentieperiode buitengesloten wordt bij de nadere huurprijsvaststelling.[61]

Onderdeel 4: de schatting van de kantonrechter
Zoals hierboven reeds diverse keren is aangehaald heeft de ruime armslag van de rechter in het nieuwe huurrecht een wettelijke grondslag gekregen, namelijk in de slotzin van artikel 7:303 lid 2 BW. Volgens vaste rechtspraak onder het oude huurrecht stond reeds vast dat de rechter niet gebonden was aan de advisering van (bijvoorbeeld) de Bedrijfshuuradviescommissie, maar vanaf 1 augustus 2003 is deze (betrekkelijke) vrijheid in een bredere context gecodificeerd.[62] In het nieuwe huurrecht dient de rechter op basis van artikel 7:303 lid 2 slotzin BW bij de door deze te maken schatting zich te baseren op de wettelijke maatstaf voor nadere huurprijsvaststelling en ter beschikking staande gegevens. In de praktijk gebeurde dit reeds, eenvoudigweg omdat het onvermijdelijk was en niet, zoals artikel 7:303 lid 2 slotzin lijkt te suggereren, louter vanwege ontoereikende gegevens. Ook indien de door bijvoorbeeld de BHAC opgespoorde huurprijsgegevens van vergelijkingspanden in formele zin compleet waren, betekende dat niet dat er diverse willekeurigheden en toevalligheden aan de advieshuurprijs ten grondslag lagen, die een correctie van de rechter behoefden. In het nieuwe huurrecht is dat niet anders.

De keuze van vergelijkingspanden kan op zichzelf reeds op willekeur en toevalligheden berusten, los van de objectiveerbaarheid (achteraf) van de door de deskundige(n) gemaakte keuze. Indien bijvoorbeeld de huurprijsgegevens van een bepaald object toevallig reeds bij de deskundige(n) beschikbaar zijn of eenvoudig te bemachtigen, zal er een sterke neiging bestaan in elk geval dat bewuste object mede te betrekken bij de advieshuurprijs. Daarnaast is het gladstrijken van onderlinge onvergelijkbaarheden van de opgespoorde objecten, zoals verschillen in grootte, verschillen in etalagewaarden en dergelijke, door middel van het bezigen van op- of neerwaartse correcties van bijvoorbeeld +10% of –5%, welbeschouwd nattevingerwerk en in de praktijk niet eenvoudig gemotiveerd te betwisten. Evenzeer berust het waarderen en in de vast te stellen huurprijs te verwerken van bouwkundige en waardeverhogende verbeteringen door middel van de oneigenlijke waarderingsmethode in de praktijk op weinig objectiveerbare gronden. Daarnaast is de beoordeling van bijzondere omstandigheden niet concreet omkaderd en lijdt doorgaans tot een willekeurige waardering, hetgeen niet wenselijk maar onontkoombaar is. Een voorbeeld. Indien bij winkelcentra sprake is van een

60 HR 10 mei 1996, *NJ* 1996, 670.
61 Rb. Zutphen 27 december 1990, *Prg*. 1991, 3433.
62 HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 252.

monopoloïde verhuurder waardoor de huurprijsontwikkeling aan vrije prijsvorming onttrokken is geweest, dient een zgn. 'externe vergelijking' te worden gehanteerd. De keuze van vergelijkbare winkelcentra in de wijde omtrek is in de praktijk aan de keuze van deskundige(n), die doorgaans wel plaatselijk bekend zijn maar in de wijdere omtrek niet en derhalve aangewezen zijn op door collega's aan te dragen aanwijzingen en concrete adviezen. Een voorbeeld. Indien bijvoorbeeld de huurprijs van een object in een winkelcentrum te Amstelveen nader dient te worden vastgesteld op basis van een externe vergelijking en de deskundigen dragen hiertoe een winkelcentrum in Hilversum aan, had dat in beginsel evenzogoed een winkelcentrum in Haarlem of Purmerend kunnen zijn.

De thans wettelijk vastgelegde schattingsmogelijkheid van de rechter leidt in de praktijk ertoe dat procespartijen een nadrukkelijker noodzaak tot motivering hebben bij het bestrijden van het deskundigenadvies, waarvan het in beginsel aannemelijk is dat het advies door de rechter wordt overgenomen. Een gemotiveerde bestrijding lokt een (gemotiveerd) oordeel van de rechter uit. Deze noodzaak bestaat niet alleen in de voor de kantonrechter en in hoger beroep voor het gerechtshof gevoerde nadere huurprijsvaststellingsprocedures, maar tevens voor een eventueel daarna volgende cassatieprocedure voor de Hoge Raad, in welk kader de eerdere vastgestelde feiten niet meer kunnen worden aangetast en de pijlen van procespartijen zich met name moeten richten op motiveringsgebreken.

11.10 De bijzondere omstandigheden als aanvulling op de wettelijke objectieve maatstaf

Objectieve en subjectieve omstandigheden
De wetgever geeft in artikel 7:303 lid 2 BW een objectieve wettelijke maatstaf die voor elke nadere huurprijsvaststellingsprocedure geldt, welke maatstaf in de kern reeds sedert 1971 geldt. Met deze maatstaf zijn evenwel alle mogelijke situaties die men in de praktijk tegenkomt, nog niet opgelost. De rechter dient bij de beoordeling van de huurprijs namelijk tevens rekening te houden met bepaalde bijzondere omstandigheden, zoals een reeds bij aanvang van de huurovereenkomst overeengekomen atypische huurprijs die om een bepaalde (goede) reden afwijkt van het wettelijke criterium (extra laag of juist extra hoog), of een afspraak waarbij een der huurcontractspartijen vanwege een bepaalde reden een onevenredig gedeelte van de onderhoudsverplichtingen voor diens rekening neemt. Dergelijke afspraken kunnen een nadere huurprijsvaststellingsprocedure in een geheel ander daglicht doen stellen en behoeven daarom uitdrukkelijke aandacht.

Welke omstandigheden wel en niet 'bijzonder' zijn teneinde mede te kunnen worden betrokken bij de nadere huurprijsvaststelling is uitgemaakt in een uitspraak van de

Hoge Raad uit 1992.[63] Daarbij overwoog de Raad dat, gezien de aard en strekking van de wettelijke objectieve maatstaf, er in beginsel geen plaats is om rekening te houden met de oorspronkelijke huurovereenkomst en met name niet met de omstandigheid dat daarbij een huurprijs werd overeengekomen welke niet met die van vergelijkbare bedrijfsruimte overeenstemde. De Hoge Raad liet hierop meteen volgen dat daartoe in elk geval geen grond bestaat indien de voortzetting van de huur, met het oog waarop nadere huurprijsvaststelling wordt verzocht, niet is gebaseerd op die huurovereenkomst, maar op de wet. Is de verlenging van de huur echter wél gebaseerd op de huurovereenkomst, dan is het volgens de Hoge Raad mogelijk dat bijzondere omstandigheden een correctie op de vergelijkingsmethode mogelijk maken op grond van de wijze waarop de huurprijs is totstandgekomen. Aldus maakte de Hoge Raad onderscheid tussen een huurovereenkomst die werd verlengd op grond van enige tussen partijen overeengekomen afspraak (optie), en een huurovereenkomst waarbij sprake was van verlenging 'van rechtswege' (automatisch). Slechts in de als eerste genoemde situatie spelen bijzondere omstandigheden aangaande de huurprijs een rol, zo oordeelde de Hoge Raad. Deze regel is sedertdien meerdere keren door de Raad bevestigd.[64] Niettegenstaande deze vaste rechtspraak kan hierbij worden aangetekend dat een verlengingsoptie in de praktijk de duur van de huurovereenkomst betreft en niet de huurprijs c.q. een eventuele nadere vaststelling daarvan na ommekomst van de eerste huurperiode. De nadrukkelijke koppeling die de Hoge Raad sedert 1992 maakt tussen optie en huurprijs is daarmee academisch en ontbeert enige praktische grondslag.

In 1994 heeft de Hoge Raad een nader onderscheid aangebracht tussen enerzijds bijzondere omstandigheden die kunnen worden teruggevoerd op de huurovereenkomst tussen partijen en de wijze waarop die tot stand is gekomen (subjectieve omstandigheden), en anderzijds objectieve omstandigheden die van belang zijn bij het hanteren en zonodig corrigeren van de objectieve wettelijke maatstaf 'vergelijkbare bedrijfsruimten ter plaatse'.[65] De Hoge Raad karakteriseert 'subjectieve omstandigheden' als aanvulling c.q. correctie op de kennelijk in zijn ogen ontoereikende wettelijke maatstaf, namelijk als: omstandigheden, waaraan in het kader van de (wettelijke) vergelijkingsmethode onvoldoende recht kan worden gedaan.

Objectieve omstandigheden
In de zaak die leidde tot de boven vermelde uitspraak van de Hoge Raad in 1994 had de bedrijfsruimte waarvan de huurprijs nader moest worden vastgesteld, een beperktere gebruiksmogelijkheid dan de opgespoorde vergelijkingspanden. Daarnaast bleken de referentieperiodes korter dan wettelijk is voorgeschreven (vijf jaar): objectieve omstandigheden die de wettelijke maatstaf betreffen en een correctie daarop

63 HR 6 november 1992, *NJ* 1993, 578 schiep duidelijkheid en hakte de knoop door na de als onderling tegenstrijdig ogende uitspraken HR 15 juli 1986, *NJ* 1987, 20 en HR 13 oktober 1989, *NJ* 1990, 494.
64 HR 26 februari 1993, *NJ* 1993, 318 en HR 6 september 1996, *NJ* 1997, 82.
65 HR 18 februari 1992, *NJ* 1994, 423.

rechtvaardigen. In de praktijk worden vergelijkingshuren met een te korte referentieperiode, indien geen beter vergelijkingsmateriaal (lees: met stabiele huurontwikkelingen gedurende de vollédige referentieperiode van vijf jaar) voorhanden is, wel betrokken bij de nadere huurprijsvaststelling, echter met dien verstande dat nauw gelet wordt op het gewogen gemiddelde van deze in feite te korte referentiehuren. Zo wordt in een dergelijke situatie een vergelijkingshuur gemeten over een referentieperiode van twee jaar voor slechts tweevijfde meegerekend. Dit is in de praktijk uiteraard geen ideale oplossing doch wel typerend voor de wijze waarop vaak creatief moet worden omgesprongen met het soms beperkte vergelijkingsmateriaal.

Een tweede voorbeeld is de contractuele afspraak dat, in afwijking van de (niet-semidwingendrechtelijk vastgelegde) wettelijke regeling terzake (op de voet van artikel 7:204 BW), de huurder een onevenredig deel van de onderhoudsverplichtingen voor diens rekening neemt. Het gevolg van deze vaststelling was een reductie van 1% van de herbouwwaarde op de advieshuurprijs van de BHAC, in het voordeel van de huurder.[66]

> Nota bene: dergelijke *objectieve* omstandigheden spelen altijd een rol bij nadere huurprijsvaststellingsprocedures, dus ongeacht de wijze van verlenging van de huurovereenkomst.

Subjectieve omstandigheden
In verband met *subjectieve* omstandigheden kunnen als voorbeeld dienen: het overeenkomen van een lagere huurprijs in verband met een gedwongen verhuizing, waardoor de huurder nieuwe grote investeringen moet realiseren,[67] alsook het bedingen van een hogere huurprijs door de verhuurder in verband met door hem gepleegde investeringen.[68] Tevens kan een bij aanvang van de huur speciaal laaggehouden 'vrienden-(huur)prijs' een subjectieve omstandigheid zijn.[69] Bovendien kan een relatief hoge (onder)huurprijs in verband met verbeterde economische vooruitzichten in een winkelcentrum een subjectieve omstandigheid vormen.[70]
Evenzeer kan een in de huurovereenkomst vastgelegde omzethuur een subjectieve omstandigheid opleveren, met als gevolg dat bij de vergelijkingsmaatstaf andere omzethuren kunnen worden betrokken.[71] Het overeenkomen van een omzethuur wordt nogal eens gebruikt om grote of juist experimentele winkels over de streep te trekken

66 Ktr. Leeuwarden 3 september 1992, *Prg.* 1993, 3768; HR 10 mei 1996, *NJ* 1996, 670 en HR 26 september 1997, *NJ* 1998, 19.
67 HR 13 oktober 1989, *NJ* 1990, 494.
68 HR 6 november 1992, *NJ* 1993, 578.
69 Wel: HR 26 februari 1993, *NJ* 1993, 318, r.o. 3.3. Niet: Gerechtshof Amsterdam 8 april 2004, *Prg*. 2004, 6252.
70 HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 480/*WR* 2002, 64.
71 Kamerstukken II 2000/2001, 26 089 enz. , nr. 19, p. 51. De Minister maakte dit duidelijk tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel 26 932 en verwees daarvoor naar HR 26 februari 1993, *NJ* 1993, 579.

zich te vestigen in een startende winkelcentra (bijvoorbeeld Batavia Stad, Schiphol Plaza, NS-stations en Hoog Catherijne). Immers, het risico wordt dan gedeeld met de verhuurder, waarbij bovendien diens betrokkenheid groter wordt, waardoor deze zich meer zal inspannen van het centrum een succes te maken. Het is bij het aangaan van de huurovereenkomst doorgaans niet duidelijk of een van de omzetafhankelijke huurprijs hoger dan wel lager is dan de gemiddelde huurprijs van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse. Bovendien kan de omzet fluctueren waardoor de huurprijs (vertraagd) meefluctueert. Derhalve is het ook tussentijds niet eenvoudig te bepalen of en in hoeverre de omzethuur structureel afwijkt van de huurprijs zoals deze op basis van de wettelijke maatstaf van artikel 7:303 lid 2 BW zou kunnen worden bepaald. In het kader van een nadere huurprijsvaststellingsprocedure (na een contractuele verlenging) vindt weliswaar in eerste instantie de wettelijke maatstaf van artikel 7:303 lid 2 BW onverkort toepassing, maar kan de omzetafhankelijke huurprijsafspraak een op- dan wel neerwaartse correctie opleveren. Aldus vindt met inachtneming van de objectieve maatstaf in de wet een billijkheidscorrectie plaats. Indien vergelijkingspanden worden opgespoord waarvoor eveneens omzetafhankelijke huurprijzen gelden, waardoor in eerste instantie de indruk wordt gewekt dat appels met appels worden vergeleken, is de vergelijking bij nader beschouwing volstrekt onzuiver. Immers de huurprijs is zozeer afhankelijk van de welhaast persoonlijke bedrijfsvoering en ondernemingspotentie dat een daarop gebaseerde huurprijsvaststelling elke mate van objectiviteit en aansluiting op de wettelijke maatstaf ontbeert. Dit wordt in de praktijk niet wenselijk geacht, omdat het tot oncontroleerbare en mitsdien onbillijke uitkomsten kan leiden.[72]
In de praktijk is het raadzaam bij het sluiten van een huurovereenkomst erop bedacht te zijn dat, indien om bepaalde redenen een ten opzichte van vergelijkbare panden ter plaatse lagere huurprijs overeengekomen wordt, het voor de partij die na ommekomst van de eerste bepaalde huurperiode nadere huurprijsvaststelling vordert, van belang is dat in de huurovereenkomst een optiebeding of enig ander verlengingsbeding wordt opgenomen. Dit dient ertoe te voorkomen dat bijvoorbeeld na vijf jaar deze subjectieve omstandigheden geen rol meer zullen spelen bij de nadere vaststelling van de huurprijs. Ook wat betreft de inhoud en strekking van de aan de lagere huurprijs ten grondslag liggende partijafspraken doen huurcontractspartijen er goed aan expliciete clausules in de huurovereenkomst op te nemen. Met name voor de huurder is dit van groot belang: het kan het voor de rechter in eerste instantie ogenschijnlijke belang van een huuraanpassing aanzienlijk nuanceren in de vorm van een correctie op de wettelijke maatstaf.

72 Rb. Alkmaar 6 januari 1994, *Prg*. 1995, 4333 is atypisch en afwijkend ten opzichte van HR 26 februari 1993, *NJ* 1993, 579.

11.11 Verbeteringen

11.11.1 Grondslag en strekking

In het kader van een nadere huurprijsvaststellingsprocedure dient, gelijk als in het oude huurrecht, ook in het nieuwe huurrecht rekening te worden gehouden met bouwkundige en waardeverhogende verbeteringen aan het pand die op kosten van de huurder zijn gerealiseerd en waarvan de verhuurder niet de kosten heeft vergoed. De achterliggende strekking hiervan is dat het onredelijk is dat, indien de huurder het object van de eigenaar door middel van het op eigen kosten aanbrengen van constructieve verbeteringen in waarde heeft doen stijgen, via een extra huurverhoging hiervoor 'beloond' wordt. Het aspect van de verbeteringen komt in de praktijk doorgaans naar voren in de vorm van een verweer van de huurder tegen een door de verhuurder gevorderde opwaartse nadere huurprijsvaststelling; men spreekt ook wel van het zgn. 'verbeteringenverweer'. Artikel 7:303 lid 3 BW luidt hiertoe als volgt:

> De rechter wijst een vordering tot verhoging van de huurprijs af, voorzover deze is gegrond op verbeteringen van het gehuurde, die op kosten van de huurder zijn aangebracht.

Ondanks het feit dat de wettekst uitdrukkelijk spreekt van 'verhoging', is volgens vaste rechtspraak, die onder het oude huurrecht is ontwikkeld, het evenzeer mogelijk dat dergelijke verbeteringen buiten beschouwing worden gelaten indien de huurder een verlaging vordert.[73] Ook de term 'op kosten van de huurder' moet niet letterlijk worden opgevat.
Op basis van rechtspraak van de Hoge Raad dienen namelijk ook verbeteringen die op kosten van de onderhuurder zijn aangebracht in aanmerking te worden genomen in de verhouding van huurder en verhuurder en te worden gelijkgesteld met verbeteringen die op kosten van de huurder zijn aangebracht.[74] Daarnaast zij opgemerkt dat tevens onder de reikwijdte van artikel 7:303 lid 3 BW kan worden geschaard de verbeteringen die door de verhuurder zijn gerealiseerd en die aan de huurder worden doorberekend in de vorm van een hogere huurprijs.

De ene verbetering is de andere niet en de vraag dringt zich op welke verbeteringen nu wel en welke niet onder artikel 7:303 lid 3 BW vallen. Een algemene regel, anders dan de eenvoudige richtlijn dat het moet gaan om bouwkundige en waardeverhogende ingrepen, bestaat evenwel niet. Daarom dient de rechtspraak te worden nagespeurd teneinde met behulp van voorbeelden uit de praktijk een beeld te schetsen. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat niet elke verbetering van een object steeds

---

73 HR 13 oktober 1989, *NJ* 1990, 494; HR 8 juli 1991, *NJ* 1991, 763; HR 25 oktober 1991, *NJ* 1992, 120 en HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 276.
74 HR 8 juli 1991, *NJ* 1991, 763.

en zonder meer kan worden aangemerkt als een verbetering.[75] Hieruit blijkt tevens dat het stellen van de huurder dat een verbetering ter afwering van een gevorderde huurverhoging is aangebracht, onvoldoende kan zijn. Zeker bij betwisting is het noodzakelijk gemotiveerd te stellen dat de verbetering ook doorwerkt in de huurwaarde. Het strekt tot aanbeveling dit aspect reeds in het kader van het voorafgaand deskundigenadvies op de voet van artikel 7:304 BW mee te nemen en de ingeschakelde deskundigen ook hieromtrent een advies te doen verstrekken. Met name vanwege het doorgaans niet eenvoudige cijfermatige aspect dat aan een verbeteringenkwestie verbonden kan zijn, bestaat het risico dat de rechter met een weinig substantieel verbeteringenverweer niet wel uit de voeten kan. Voorafgaand advies terzake vermindert dat risico en verhoogt de kans op een vlotte procedure.

11.11.2 Enkele voorbeelden van verbeteringen

In de praktijk wordt ten eerste een onderscheid gemaakt tussen verbetering en verfraaiing.[76] Gerealiseerde verfraaiingen zijn investeringen in uiterlijkheden en cosmetica van de bedrijfsvoering, die puur op de uitstraling van de onderneming betrekking hebben en geen verband houden met de bouwkundige staat van het object zelf. Een duidelijke grens is evenwel niet scherp te trekken. Zo blijkt uit de rechtspraak dat een nieuwe pui voor 50% als verfraaiing en voor 50% als verbetering in de zin van de wet wordt aangemerkt.[77] Uit de rechtspraak blijkt voorts dat het recht trekken van een kap, het aanpassen van een magazijnruimte, het plaatsen van een goederenlift en het veranderen van een luifel niet als bouwkundige en waardeverhogende verbeteringen in de zin van de wet zijn aan te merken.[78] Constructieve ingrepen zijn daarentegen welhaast per definitie verbeteringen in de zin van artikel 7:303 lid 3 BW. Daarbij dient men bijvoorbeeld te denken aan verbouwingen waarbij de centraleverwarmingsinstallatie (ketel, leidingwerk en radiatoren), de elektra (bedrading e.d.) wordt vernieuwd, de groepenkast wordt vervangen door een groepenkast met een grotere capaciteit, een vide of split-level in het object wordt gerealiseerd waardoor het oppervlak wordt vergroot of andersoortige bouwkundige aanpassingen waardoor het winkeloppervlak wordt vergroot, zoals door het bijtrekken van een opslagruimte bij de winkelruimte. Tevens kunnen als verbeteringen worden aangemerkt het uitvoeren van onderhoudswerkzaamheden die gebruikelijk ten laste van de verhuurder komen, zoals groot onderhoud waaronder de vernieuwing van het dak, het vervangen van kozijnen, reparaties aan het riool, et cetera.

Mede in samenhang met het voorgaande moet onderscheid worden gemaakt tussen verbeteringen en investeringen in de onderneming. Van dit laatste kunnen als

75 HR 10 december 1982, *NJ* 1983, 215.
76 HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 787.
77 Kenbaar uit het vonnis van de rechtbank voorafgaand aan de voorgaande uitspraak van de Hoge Raad.
78 HR 25 oktober 1991, *NJ* 1992, 120.

voorbeelden dienen de kosten die zijn gemoeid met de aanpassing van het pand om het geschikt te maken voor het betreffende bedrijf, bijvoorbeeld de kosten van stapelrekken, een toonbank, verlichtingsarmaturen, meubilair, een spiegelwand, een niet-vastliggende parketvloer, een etalageruit waarop de bedrijfsnaam is ingeslepen, overige inrichtingskosten en dergelijke.

11.11.3 De vergoeding van de verbeteringskosten door de verhuurder

Onder verwijzing naar de hierboven vermelde achterliggende strekking van artikel 7:303 lid 3 BW kunnen alleen de waardeverhogende en bouwkundige verbeteringen welke op kosten van de huurder zijn gerealiseerd, van invloed zijn op de gevorderde huurprijs. Dit betekent dat indien de huurder door de verhuurder op dit punt financieel is gecompenseerd, hem geen beroep meer op artikel 7:303 lid 3 BW toekomt. Van dit laatste is in elk geval sprake indien de verhuurder de kosten heeft vergoed door deze rechtstreeks te betalen aan de huurder. Het vergoedingsaspect behoeft evenwel niet altijd even duidelijk te zijn; ook kan sprake zijn van indirecte vergoeding van de verbeteringskosten. Zo kan het zijn dat een huurder een extra lage aanvangshuurprijs met de verhuurder heeft kunnen overeenkomen vanwege het feit dat zij vooraf hebben overeengestemd bijvoorbeeld een bepaalde voor het pand zelf waardeverhogende verbouwing voor rekening en risico van de huurder te laten zijn. Een dergelijke indirecte vergoeding van de verbeteringskosten blokkeert de mogelijkheid van de huurder het verbeteringenverweer te voeren in het kader van een latere huurprijsvaststellingsprocedure. Onder verwijzing naar voorgaande paragraaf 11.8 dient met een dergelijke subjectieve omstandigheid rekening te worden gehouden indien nadere huurprijsvaststelling wordt gevorderd na een contractuele verlenging van de huurovereenkomst.[79]

11.11.4 De invloed van verbeteringen op de gevorderde huurprijs

Ondanks dat de wet in artikel 7:303 lid 3 BW eenvoudigweg stelt dat de gevorderde huurverhoging wordt afgewezen voorzover deze is gebaseerd op verbeteringen van het gehuurde die op kosten van de huurder zijn aangebracht, wordt daarmee niet duidelijk, indien niet alleen komt vast te staan dat voor een bepaald bedrag aan verbeteringen is gerealiseerd maar tevens dat de verhuurder op directe noch op indirecte wijze de kosten aan de huurder heeft vergoed, op welke wijze de kosten nu concreet van invloed zijn op de (gevorderde) huurprijs.

Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad dienen de bouwkundige en waardeverhogende verbeteringen die op kosten van de huurder zijn aangebracht, buiten beschouwing te worden gelaten bij de nadere huurprijsvaststelling.[80] Aldus ontstaat de fictieve situatie dat de grondslag van de nadere huurprijsvaststelling de staat van het

79 HR 13 oktober 1989, *NJ* 1990, 494 en HR 6 november 1992, *NJ* 1993, 578.
80 HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 787.

gehuurde is, zonder de gerealiseerde verbeteringen, dat wil zeggen de toestand waarin het object zich bevond voorafgaand aan bijvoorbeeld de verbouwing. Op basis van deze fictieve 'uitgeklede' versie van het pand moeten passende vergelijkingspanden worden opgespoord. Formeel leidt dit tot de regel dat de verbeteringen bij het gebruikelijke vergelijkingsritueel moeten worden *weggedacht.* Deze methode heet de zgn. 'eigenlijke methode'. Op basis hiervan is het in beginsel mogelijk precies conform het wettelijk voorschrift te handelen dat de verbeteringen buiten beschouwing moeten worden gelaten. In de praktijk kan deze methode moeilijk realiseerbaar zijn, met name naarmate de verbeteringen langer geleden zijn aangebracht.

In de voorgaande uitspraak van de Hoge Raad is derhalve tevens een variant ontwikkeld, de zgn. 'oneigenlijke methode'. Bij deze methode wordt wél de huidige staat van het gehuurde als maatstaf gehanteerd, maar wordt van de uitkomst van de vergelijking de invloed van de (geïndexeerde) verbeteringskosten op de huidige huurwaarde afgetrokken. Op basis van de oneigenlijke methode wordt het litigieuze object vergeleken met panden die vergelijkbaar zijn met de huidige staat van het gehuurde. Bij deze methode worden de investeringskosten rechtstreeks verdisconteerd in de gevorderde nader vast te stellen huurprijs, die daardoor aanzienlijk lager kan uitvallen dan oorspronkelijk door de verhuurder was gevorderd. In beginsel kan het tijdsverloop sedert het aanbrengen van de verbeteringen slechts als gevolg hebben dat de verbeteringen verminderde of in het geheel geen invloed meer hebben op de huurwaarde van het object. Hierbij speelt niet per definitie een rol de vraag of de investeringen al of niet zijn afgeschreven. Het enkele feit dat de investeringskosten mogelijk zijn afgeschreven kan hiertoe slechts een indicatie zijn.[81]
Veeleer moet in dit verband gedacht worden aan verbeteringen van geruime tijd geleden die niet meer aan de actuele eisen van de tijd voldoen, bijvoorbeeld verbeteringen die in de jaren '50 zijn aangebracht en anno 2005 de eisen des tijds niet meer kunnen doorstaan.

De oneigenlijke methode is onder bepaalde omstandigheden voor de huurder interessant. De cijfermatige consequentie van het hanteren van deze methode wordt duidelijk uit het navolgende voorbeeld.[82] Indien een nadere huurprijsvaststellingsprocedure door de verhuurder aanhangig wordt gemaakt, waarbij gevorderd wordt dat de kale jaarlijkse huurprijs van een object per 1 januari 2002 van € 50.000 naar € 70.000 dient te stijgen en de huurder aantoonbaar in 1997 voor € 100.000 aan waardeverhogende en bouwkundige verbeteringen in de zin van artikel 7:303 lid 3 BW heeft gerealiseerd, vloeit in de praktijk hieruit voort dat deskundigen ervan uitgaan dat dergelijke investeringen doorgaans op basis van de beschermde periode in het huurrecht van detailhandelsbedrijfsruimte (zie artikel 7:292 BW) over een periode van tien jaar behoren te worden vergoed. Op deze voet wordt 10% van € 100.000 in mindering gebracht op de

81 HR 13 oktober 1989, *NJ* 1990, 494.
82 Ktr. Amsterdam 20 september 1996, rolnr. 92-2343 (n.g.).

nader vastgestelde huurprijs. Komt de nader vast te stellen huurprijs op basis van de huurprijzen van vergelijkingspanden in beginsel uit op € 65.000, dan wordt terzake van de verbeteringen daarop € 10.000 in mindering gebracht. Dankzij het door de huurder gevoerde verbeteringenverweer stijgt de huurprijs per saldo derhalve niet tot € 65.000 doch tot slechts € 55.000. Sommige deskundigen verwerken vanwege het feit dat de huurder vermogen risicodragend heeft geïnvesteerd in het object van de verhuurder, bovendien nog het renteverlies van de huurder over de investeringen, waardoor de uitkomst voor de huurder nog gunstiger uitpakt.

Het is aan de rechter om een keuze te maken tussen de eigenlijke dan wel de oneigenlijke methode. Het is evenwel aan de huurder, van wie wordt verondersteld dat hij het meeste belang heeft bij het aan de orde stellen van het verbeteringenaspect, de verbeteringskosten uitvoerig te bewijzen en daarbij tevens aannemelijk te maken welke methode dient te worden gehanteerd. Een grondige door de huurder vooraf gemaakte calculatie geeft aan welke variant voor deze opportuun is.

Het aspect van de verbeteringen kan in het kader van een procedure strekkende tot nadere vaststelling van de huurprijs, die daarover in eerste instantie niet gaat, grote financiële en totaal onverwachte uitkomsten opleveren. Huurverhogingen kunnen worden omgebogen in huurverlagingen en omgekeerd. Ook vanwege dit aspect is, zoals hierboven reeds is vermeld, een gedegen voorafgaand deskundigenadvies van groot belang. Het strekt voor verhuurders bovendien tot aanbeveling tijdig te informeren of de huurder nog waardeverhogende en bouwkundige verbeteringen heeft uitgevoerd. Indien de verhuurder in het bevestigende geval met de huurder kan overeenkomen dat de restwaarde na afschrijving wordt vergoed, kan dit wanneer dat per saldo in het kader van een huurprijsvaststelling financieel interessant is. Aldus kan de verhuurder immers stellen dat de kosten van de verbeteringen per saldo niet voor de huurder zijn gebleven. Daardoor kan niet alleen een onverwacht verbeteringenverweer van de huurder worden voorkomen, maar tevens het risico worden verhinderd van een door de huurder ingestelde tegenvordering strekkende tot huurverlaging, met name gebaseerd op de door de huurder aangebrachte verbeteringen. Dit levert in omgekeerde zin de aanbeveling aan de huurder op om alle nota's, specificaties en bouwtekeningen zorgvuldig te bewaren, zodat de verbeteringen en de kosten ervan kunnen worden aangetoond.

11.11.5 De bijzondere geschiktheid als factor van betekenis

Uit het bovenstaande volgt dat in het kader van een nadere huurprijsvaststellingsprocedure, via het traject van de eigenlijke methode dan wel via de oneigenlijke methode, bij de waardering van het object moet worden uitgegaan van de toestand van het verhuurde zoals deze ten tijde van het ter beschikking stellen van het verhuurde was.[83] Het gaat daarbij om de oorspronkelijke toestand van het object zelf en het houdt

83 HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 787.

verband met de wijze waarop de verhuurder het object bij aanvang van de huur aan de huurder heeft opgeleverd, waaronder begrepen de grootte van het object, de bouwkundige indeling, de staat van onderhoud en dergelijke. Tot de oorspronkelijke toestand moet volgens de Hoge Raad ook gerekend worden de oorspronkelijke mogelijkheden van het pand, de bijzondere geschiktheid van het verhuurde.[84] In de praktijk dient men hierbij bijvoorbeeld te denken aan de binnenplaats van een winkelobject die betrekkelijk eenvoudig door de huurder door middel van een overkapping bij de winkel kan worden getrokken.[85] Volgens de Hoge Raad mag een dergelijke situatie waarin met een wijziging van het gehuurde een betere huurprijs kan worden bewerkstelligd, niet in het nadeel van de huurder strekken.[86] Zo werd een ingrijpende verbouwing van een pand waarin een restaurant was gevestigd, waarbij de keuken van de begane grond naar het souterrain werd verplaatst, niet als een bijzondere geschiktheid aangemerkt, ofschoon de kosten van de verbeteringen wél in het voordeel van de huurder werkten.[87]

In de hierboven reeds kort aangehaalde kwestie van de eenvoudig te overkappen binnenplaats stond de vraag centraal of rekening mocht worden gehouden met de mogelijkheid de binnenplaats en berging bij de winkelruimte te betrekken als huurprijsverhogende factor. De Hoge Raad oordeelde dat een bijzondere geschiktheid van het gehuurde om het met betrekkelijk geringe kosten in te richten voor het doel waartoe het is verhuurd, *niet* een factor mag zijn die op de huurwaarde van invloed kan zijn bij de bepaling van de huurprijs. Naast het feit dat de mogelijkheid om de binnenplaats via overkapping ervan bij de winkelruimte te betrekken niet ten nadele van de huurder tot een huurwaardeverhogende factor kan worden aangemerkt, kunnen, zoals in het hierboven als laatste aangehaalde vonnis van de Amsterdamse rechtbank uit 2002, de kosten van deze verbetering wel in het voordeel van de huurder op de voet van artikel 7:303 lid 3 BW bij de nadere huurprijsvaststelling worden betrokken, via de eigenlijke methode dan wel door middel van de oneigenlijke methode.

11.12 De energiebesparende verbeteringen na aanschrijving van de gemeente

Een nieuwe voorziening in het nieuwe huurrecht bestaat in de mogelijkheid krachtens artikel 7:305 BW tussentijdse verbeteringskosten die zijn gemaakt voor energiebesparende voorzieningen, die als gevolg van een gemeentelijke aanschrijving moesten worden gemaakt, door te berekenen in de huurprijs. Deze mogelijkheid bestaat niet alleen voor detailhandelsbedrijfsruimte doch tevens voor de categorie bedrijfsruimte als bedoeld in artikel 7:230A BW, hetgeen een aanzienlijk uitgebreide reikwijdte van artikel 7:305 BW tot gevolg heeft. Voor de categorie van de overige bedrijfsruimte wordt op dit specifieke onderdeel verwezen naar paragraaf 6.5. Voor wat betreft artikel 7:305

84 Rb. Amsterdam 17 oktober 1998, *WR* 1999, 27.
85 HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 198; HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 22; HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 630 en HR 15 juni 2001, *NJ* 2001.
86 HR 6 maart 1987, *NJ* 1987, 971.
87 Rb. Amsterdam 20 november 2002, *WR* 2003, 39.

BW detailhandelsbedrijfsruimte zij vermeld dat deze nieuwe voorziening het semi-dwingendrechtelijke termijnensysteem van vijf plus vijf jaar (art. 7:303 lid 1 in samenhang met art. 7:292 BW) buiten werking stelt, zodat ook tussentijdse huurprijswijziging (de wet spreekt, teneinde duidelijk onderscheid te maken met een reguliere nadere huurprijsvaststellingsprocedure van 'afstemming') door de wetgever mogelijk is gemaakt.

Artikel 7:305 BW luidt als volgt:

> Lid 1:
> De verhuurder die ingevolge een aanschrijving als bedoeld in art. 17a eerste lid van de Woningwet verbeteringen als bedoeld in het tweede lid van dat artikel heeft aangebracht, is, ook buiten de gevallen van artikel 303 lid 1 onder a en b, bevoegd om ter doorberekening van de kosten van deze verbeteringen, voor zover redelijk, een daarop afgestemde verhoging van de huurder te verlangen. Indien de huurder en de verhuurder geen overeenstemming hebben kunnen bereiken over het bedrag van de verhoging, kan ieder van hen vaststelling van de verhoging door de rechter vorderen.
>
> Lid 2:
> Dit artikel is, behalve op bedrijfsruimte in de zin van artikel 290, ook van toepassing op een gebouwde onroerende zaak of gedeelte daarvan, indien deze zaak of dit gedeelte voor de uitoefening van een ander bedrijf is verhuurd dan waarop bedrijfsruimte in de zin van artikel 290 betrekking heeft.

Geheel parallel aan het vereiste van een voorafgaand deskundigenadvies (op grond van artikel 7:304 BW) in het kader van een reguliere huurprijsvaststellingsprocedure op de voet van artikel 7:303 BW dient ook bij aanschrijvingsverbeteringen vooraf overleg plaats te vinden tussen huurder en verhuurder. Slechts indien geen overeenstemming tussen huurcontractspartijen bestaat, kan de rechter door een van hen worden benaderd ter afstemming van de huurprijs op het specifieke onderdeel van de doorberekening van de aanschrijvingskosten in de huurprijs. Niet door de wetgever uitgesloten is dat de onderhavige wettelijke voorziening wordt gecombineerd met een reguliere nadere huurprijsvaststellingsprocedure als bedoeld in artikel 7:303 BW. Bij een dergelijke gecombineerde vordering zijn huurcontractspartijen uiteraard wél aan de wettelijke termijnenregeling als vastgelegd in artikel 7:303 lid 1 sub a en sub b BW gebonden. Tussentijdse huurprijsaanpassing is in een dergelijke situatie niet mogelijk.

Ook in het kader van de afstemming van de huurprijs op basis van artikel 7:305 BW heeft de rechter een ruime armslag. De enige norm ter afstemming van de huurprijs die de wetgever de rechter heeft toebedeeld, is immers de redelijkheid ('voorzover redelijk'), waarop de nieuwe huurprijs dient te worden gebaseerd.

11.13 Rechtsvergelijking

11.13.1 België

Op basis van het Belgische termijnensysteem (zie paragraaf 7.6) bestaat niet alleen het hernieuwings- en uitzettingssyteem. Ook het Belgische huurprijsherzieningssysteem is gekoppeld aan het negenjaarsyteem waarbij telkens na drie jaar herziening mogelijk is.[88] Wettelijk vastgelegd in art. 6 geeft de wet een eenvoudige en flexibele regeling:

- telkens na drie jaar kan zowel de huurder als de verhuurder een herziening van de huurprijs verzoeken;
- indien de huurovereenkomst (stilzwijgend) voor onbepaalde tijd is verlengd is herziening uitgesloten; [89]
- het verzoekschrift moet binnen drie maanden voorafgaand aan het eind van elke periode worden ingediend;
- in het verzoekschrift moet worden aangetoond dat als gevolg van nieuwe omstandigheden de huurprijs ten minste 15% afwijkt van het normale niveau;
- de rechter oordeelt op basis van billijkheid, zonder te letten op het rendement;
- de nieuwe huurprijs gaat in met ingang van de nieuwe huurperiode.[90]

Kernpunt van de regeling is dat de grondslag van de nieuwe huurprijs niet strikt is gereglementeerd, zoals in Nederland het geval is (zie paragraaf 11.9). De rechter heeft dus een schier onbeperkte toetsingsvrijheid. Dit betekent overigens niet, zoals Tschoffen en Dubru[91] benadrukken:

> … dat de rechter de economische gegevens mag miskennen. Hij zal eerst en vooral met die aard van de gegevens rekening houden, daarna – en ten uitzonderlijke titel – zal hij eveneens respectievelijke toestand van de partijen zelf. De opdracht om naar billijkheid te oordelen is een middel dat hem wordt gegeven om de strengheid van de economische gegevens te milderen, in particulieren gevallen.

De rechter richt zich daarbij vooral naar 'nieuwe omstandigheden', hetgeen in Nederland juist niet het geval is omdat men in art. 7:303 t/m 7:305 BW juist op de vóórgaande referentieperiode van vijf jaar is gefixeerd. Dit is een essentieel verschil met Nederland hetgeen ingekleurd kan worden door jurisprudentie die kan worden verdeeld in voorbeelden waarbij de huurprijs is verhoogd en is verlaagd.

Huurprijs verhoogd: [92]

---

88 Huurprijsherziening is alleen bij huurovereenkomsten voor bepaalde duur mogelijk. Zie Vred. Sint-Truiden 23 september 1982, *R.W.*, 1984-85, 2575, nt.

89 Vred. Sint-Niklaas 13 juni 1988, R.W. 1989-91, 131.

90 Voor een algemene beschouwing zie: E. Cusas, A. Devreux e.a., (onder red. Van P. Jadoul), *Le bail commercial*, Brussel, 2000, p. 101 e.v.

91 J. Tschoffen en M. Dubru, *Les baux commerciaux*, Bruxelles, 2002, nr. 55.

– aanmerkelijk stijging van de bevolking
– stijging van huurprijzen van naburige panden
– openbare werken c.q. modernisering winkelomgeving
– toename aantal winkels in directe omgeving
– het doortrekken van een toegangsweg in de nabijheid
– intensieve onderverhuur waardoor het inkomen van de huurder stijgt[93]
– verbeteringen aan het gehuurde

Huurprijs verlaagd:[94]
– crisis
– wegblijvende passanten
– wegwerkzaamheden en leegstand kantoren
– toename nabijgelegen concurrentie

Niet als relevante nieuwe omstandigheden worden aangemerkt: een gemaakte vergissing bij het aangaan van de huurovereenkomst en overlast wegens het herstellen van gebreken.[95] Over de algehele stijging van het prijsniveau als relevante nieuwe omstandigheid wordt wisselend geoordeeld.[96] De tendens is echter dat dit niet als nieuwe omstandigheid wordt aangemerkt omdat een indexeringsregeling reeds in een correctie behoort te voorzien. Dat een dergelijke clausule in een huurovereenkomst ontbreekt doet hieraan niet af; de contractsvrijheid van partijen staat voorop.[97] Het gaat veeleer erom dat de nieuwe omstandigheden een min of meer voortdurend karakter hebben.

Vermelding verdient nog het feit dat in België in de rechtspraak wisselend wordt geoordeeld over de vraag of het drempelgeld (de eenmalige premie die de huurder bij de aanvang aan de verhuurder betaalt, bijvoorbeeld bij indeplaatsstelling) al of niet tot de huurprijs behoort.[98] De literatuur acht drempelgeld eenduidig niet als onderdeel van de huurprijs.[99] Duidelijk is eveneens de Franse vaste rechtspraak op dit punt, waaruit blijkt dat drempelgeld ('passe de porte') buiten het (enge) huurbegrip valt.[100]

---

92 24 oktober 1962, R.W., 1962-63, 1941 en Cass. 22 mei 1998, pas.1998, I, 626.
93 Vred. Everdingen 6 juni 1984, *T. Vred.* 1986, 199, Vred. Vorst 2 april 1985, *J.T.* 1988, 351.
94 Vred. Brussel, 4}{\plain \super\f1\lang1043 e}{\plain \f1\lang1043 kanton, 4 februari 1965, T.Vred. 1965-66, 208 en Vred. Brussel, 27 januari 1995, T.Vred. 1996-445.
95 E. Cusas e.a., *Le bail commercial*, p. 104.
96 Vred. Luik, 4 december 1954, Jur. Liège, 1954-55, 128 en Vred. Vilvoorde, 3 mei 1984, T.Vred, 1986, 198.
97 Rb. Brussel 26 september 1969, Pas, 1970, III, 16 en Vred. Brussel 28 juni 1979, *T. Vred.* 291.
98 Rb. Brussel 20 februari 1955, *J.T.* 468 en Burg. Brussel 2 maart 1988, *Rev. Rég.Dr.* 1989, 527.
99 Pauwels, nr. C-IV-3-10 en 11.
100 Rb. Parijs. 5 juli 1954, *Gazette du Palais*, 2, 287 en Rennes 13 juli 1956, *Dalloz*, 1957, I, 28.

Zoals vermeld, art. 6, 2° van de wet van 30 april 1951 instrueert de rechter naar billijkheid te oordelen. Illustratief daartoe is hetgeen de Vrederechter van Luik[101] (vertaald) daarover zegt:

> De herziene huurprijs wordt naar billijkheid bepaald (art. 6, 2de lid). Dit uitzonderlijk gezag betekent dat de magistraat de belangen die op het spel staan vrij beoordeelt, rekening houdend met alle elementen van de zaak die zijn beslissing kunnen beïnvloeden. De rechter neemt de juiste beslissing zonder ertoe gehouden te zijn de nieuwe huurprijs te bepalen noch op basis van de huidige huurwaarde, noch op basis van de oorspronkelijke waarde, vermeerderd met een bepaald coëfficiënt, zelfs niet volgens de overeengekomen huur, voor zover zijn optreden het principe van het beschikkend gedeelte en het contractueel kader dat tussen de partijen bestaat, naleeft.

De Belgische indexeringsregeling
In de huurovereenkomst kan een clausule zijn opgenomen die de periodieke wijziging van de huurprijs inhoud. Deze wijziging kan slechts eenmaal per jaar plaatsvinden. Het gaat hier eerder om een clausule van 'heraanpassing' dan van een herziening. Deze bestaat naast de herziening en niet in plaats daarvan. Het valt in deze zin te bezien als een 'glijdende schaal'. Toch heeft België discussie moeten voeren over de geldigheid van deze clausule. Is deze glijdende schaal niet in strijd met artikel 6 van de Handelshuurwet? Aanvankelijk werd de bepaling nietig verklaard,[102] later was men toch ontvankelijk.[103]

Conclusie
Het eenvoudige en flexibele karakter van het Belgische systeem van herziening van de huurprijs en vooral de bijkans onbeperkte toetsingsvrijheid van de rechter levert voor het onderzoek naar flexibiliteit aardige inspiratie op. Met name voor een verdere aanpassing van het Nederlandse nadere huurprijsvaststellingsstelsel van art. 7:303 t/m 7:305 BW en het termijnensysteem van art. 7:292 en 7:293 BW in algemene zin noopt de Belgische wetgeving en jurisprudentie tot overpeinzing.

Zo leidt bijvoorbeeld de bewijsplicht terzake van de te behalen 15%-drempel tot gemotiveerde en goed onderbouwde herzieningsverzoeken, hetgeen welbeschouwd een effectievere materiële ontvankelijkheidsdrempel is dan de Nederlandse, die in de praktijk welbeschouwd niet tegemoet komt aan de behoefte aan efficiënte procesvoering.

Bovenal is de rechter in België niet gebonden aan een vastomlijnde wettelijke vaststellingsnorm, zoals deze in Nederland op basis van wet en jurisprudentie bestaat. Het open billijkheidsoordeel van de Belgische rechter is eenvoudig van aard en op de

101 Burg. Luik, 4e kamer,3 oktober 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 1130.
102 M.v.t. Parlem. Besch. Kamer, 1946-47, nr. 27, blz.4.
103 O.a. Rb. van koophandel Antwerpen, 14 december 1959, R.W., 1960-61, 37.

toekomst gericht (in tegenstelling tot het systeem van de referentieperiode) en haakt daarmee uitdrukkelijk aan op nieuwe omstandigheden. Deze 'nieuwe omstandigheden' komen bepaald dicht in de buurt van 'onvoorziene omstandigheden' (zie paragraaf 7.5.3). Aldus biedt het Belgische systeem meer invloed van marktontwikkelingen waarbij de verhuurder van een opgaande markt kan profiteren. Ook de huurder kan echter voordeel behalen. Immers, de feiten (tegenvallende locaties, onjuist voorgespiegelde verwachtingen) die in Nederland doorgaans tot vruchteloze huurprijsverlagingsacties op grond van art. 6:258 BW leiden, kunnen in België, zij het enigszins vertraagd, wél tot neerwaartse herziening leiden. Bovendien is herziening in België reeds om de drie jaar mogelijk, zodat ook wat het temporele effect betreft de flexibiliteit van het Belgische systeem in het oog springt. Schematisch kan de vergelijking in het onderstaande worden samengevat:

	Nederland	*België*
Plaatsing	Art. 7: 303 e.v. BW.	Art 6 Handelshuurwet.
Voorwaarden	Ontvankelijk bij discrepantie van de huurprijs in vergelijking met gelijksoortige bedrijfsruimten ter plaatse.	Ontvankelijk bij nieuwe duurzame omstandigheden waardoor de huurprijs 15% afwijkt van de huurwaarde.
Moment van aanvraag	Art. 7: 303 lid 1 BW, Sub a). Na afloop van bepaalde overeengekomen tijd, of sub b) 5 jaar na laatste vastgestelde huurprijs.	Art. 6 Handelshuurwet. Na afloop van elke driejarige periode, in de drie maanden daar voorafgaand.
Indexeringsregeling	Discussiepunt over de geldigheid van het verbinden van een indexregel aan de nadere huurprijsvaststelling. Uitkomst: niet wettelijk geregeld; biedt wel wenselijke voordelen.	Discussiepunt over de geldigheid van het verbinden van een indexregel aan de huurprijsherziening. Uitkomst: Niet wettelijk geregeld, wel aanvaard in praktijk.
Rechterlijk oordeel	Wettelijk maatstaven en in jurisprudentie ontwikkelde bijzondere omstandigheden geven criteria.	Aan de hand van wettelijke bepalingen en redelijkheid en billijkheid; veel toetsingsvrijheid.

11.13.2 **Frankrijk**

Algemeen
Het huurprijsherzieningssysteem in Frankrijk vertoont de trekken van het Belgische systeem: telkens na ommekomst van een huurperiode van 3 jaar kan herziening worden verzocht en de toetsingsnorm is betrekkelijk open. Wat opvalt is het verschil in de wettelijke toetsingsgronden. In Frankrijk vloeien deze voort uit art. L 145-33 van de Code de Commerce:

1. de karakteristieken van het object;
2. de bestemming van vergelijkingsobjecten;
3. de inhoud van de huurovereenkomst;
4. de plaatselijke factoren;
5. de gemiddelde prijs van vergelijkingsobjecten.

De Franse toetsingsgronden vormen daarmee een tussenvariant tussen de Belgische (meer op nieuwe, veranderende omstandigheden gericht) en de Nederlandse (door middel van het principe van de referentieperiode op de voorliggende vijf jaar gericht). Onderstaand wordt het Franse systeem nader behandeld.

Révision triennale
Het Franse huurprijsherzieningssyteem gaat uit van 'révision triennale': een driejaarlijkse herziening van de huurprijs. Elke drie jaar kan herziening worden verzocht, zowel bij huurovereenkomsten voor bepaalde tijd als bij huurovereenkomsten voor 'onbepaalde' tijd (art. L. 145-37 en art. L. 145-38 Code de Commerce). Wat dit laatste punt betreft verschilt het Franse van het Belgische systeem (zie hierboven). Deze herziening kan plaatsvinden drie jaar na de datum van inwerkingtreding van de geldende huurprijs, dat wil zeggen: (1) drie jaar na het ingaan van de huurovereenkomst, (2) drie jaar na aanvang van een hernieuwde huurovereenkomst, (3) drie jaar na het ingaan van de vorige huurprijsherziening of (4) drie jaar na het van toepassing zijn van een wijzigingsclausule die de huurprijs wijzigt ten gevolge van een verbetering die is aangebracht door de verhuurder.[104] Een verzoek tot wijziging dat is ingediend vóór de afloop van de driejaarlijkse periode is nietig. Een verzoek kan slechts rechtsgeldig worden ingediend aan het begin (de eerste dag) van een nieuwe driejaarlijkse periode. De herziening gaat uiteraard pas in op het moment dat het verzoek is ingediend: er is dus geen sprake van terugwerkende kracht.[105] Het Nederlandse systeem van vijfjaarlijkse nadere huurprijsvaststelling is aldus in grote lijnen gelijk aan het Franse systeem, waarin overigens gelijk als in Nederland, niet alleen de verhuurder doch ook de huurder het procesinitiatief kan nemen.

In Frankrijk bestaat het fenomeen van 'renouvellement du bail', ofwel: de hernieuwing van de huurovereenkomst (zie paragraaf 8.17), waarvoor overigens niet elke huurovereenkomst in aanmerking komt.[106] De huurder is doorgaans de huurcontractspartij die een verzoek doet tot hernieuwing van de huurovereenkomst, maar ook de verhuurder kan een verzoek tot hernieuwing van het huurcontract doen. De hernieuwde huurovereenkomst (*le bail renouvelé*) is een overeenkomst die aangegaan wordt onder dezelfde voorwaarden als de oude. De verhuurder heeft dan echter het recht om een

104 M. Canaple en Stéphanie Soares, *Le bail commercial: contract, loyer, révision, renouvellement* (collection inforeg), Paris: Gualino éditeur – 2004, p. 57.
105 Canaple en Soares, p. 62-63.
106 Huurovereenkomsten voor een duur korter dan twee jaar komen er bijvoorbeeld niet voor in aanmerking, zie Canaple en Soares, p. 78.

aanpassing van de huurprijs te verzoeken.[107] Het staat partijen in principe vrij de hoogte van deze nieuwe huurprijs onderling overeen te komen. Wanneer partijen daar niet uit komen, kunnen ze zich wenden tot de departementale verzoenings-/schikkingscommissie.[108] De verhuurder kan ook weigeren om de huur te hernieuwen, deze moet daar dan echter wel een gegronde reden voor hebben.[109] Dit systeem is overeenkomstig het Nederlandse zoals dat tot 1991 gold.

Toetsingsgrondslag
Een verzoek tot herziening van de huurprijs kan worden ingediend om in te spelen op prijsontwikkelingen en om te trachten het economisch evenwicht tussen partijen te bewaren. Daarnaast kan een herzieningsverzoek worden ingediend in het geval dat sprake is van (aanzienlijke) veranderde omstandigheden. Krachtens art. L.145-33 van de Code de Commerce moet de huurprijs overeenstemmen met de huurwaarde, hetgeen een aanzienlijk ruimer criterium is dan de Nederlandse variant (art. 7:303 BW).[110] Voor een huurovereenkomst die aangegaan is voor een periode die de negen jaar niet overstijgt geldt dat het stijgingspercentage van de huurprijs, het: 'indice du coût de la construction' niet mag overschrijden (daarover later meer).

Clause d'échelle mobile: indexering
In Frankrijk kent men het fenomeen van de 'clause d'échelle mobile', ofwel: 'clause d'indexation'.[111] De 'clause d'échelle mobile' is een vorm van 'révision conventionelle'.[112] De regeling met betrekking tot deze clausule is opgenomen in art. L. 145-39. Indien een dergelijke clausule in de huurovereenkomst is opgenomen wordt de huurprijs automatisch geïndexeerd aan de hand van het contractuele indexcijfer.
Art. L. 145-39 bepaalt dat indien de huurovereenkomst een dergelijke clausule bevat, die naar zijn aard derogeert aan artikel L. 145-38, door één der partijen een herziening (een zogenaamde 'révision judiciaire') van de huurprijs kan worden verzocht indien, door toedoen van de contractueel vastgelegde indexering, de huurprijs met meer dan 25% wordt verhoogd of verlaagd ten opzichte van de daaraan voorafgaande huurprijs. Dit verzoek kan op elk gewenst moment worden ingediend en dient te worden beschouwd als een rem op en te sterke en plotselinge ontwikkeling van de huurprijs. De

---

107 Zie artikel L. 145-8 tot en met artikel L. 145-13 van de Code de Commerce, artikel L. 145-11 betreft de aanpassing van de huurprijs.
108 Vervolgens rest de gang naar de rechter, zie bijvoorbeeld: Cour de Cassation, Chambre civile 3, 5 mai 2004, numéro de pourvoi: 03-10477, '… que les parties ne s'étant pas accordées sur le montant du loyer du bail renouvelé, le juge des loyers commerciaux a été saisi.'
109 Van toepassing zijn dan de bepalingen van Section 4 van de Code de Commerce; de artikelen L. 145-14 tot en met L. 145-30.
110 'Le montant des loyers des baux renouvelés ou révisés doit correspondre à la valeur locative.'
111 Zie: G. Lausanne *Le bail commercial*, Paris: Groupe Revue Fiduciaire – 2002, p. 98 t/m105, alsook: M. Menjucq, *Droit des affaires: Le commerçant, Les actes de commerce, Le fonds de commerce, Le bail commercial, Les contrats commerciaux* (collection FAC Universités), Paris: Gualino éditeur, 2003, p. 69-70.
112 Dit in tegenstelling tot de révision légale: de al eerder genoemde révision triennale.

vergelijking met het belang van de matigende werking van de referentieperiode zoals deze in Nederland geldt, dringt zich op. Partijen hebben overigens altijd het recht om terug te keren naar het systeem van 'révision légale' zoals dat is vastgelegd in artikel L. 145-37 van de Code de Commerce.

Clause recette: omzethuur

Naast de hierboven besproken 'clause d'échelle mobile' bestaat er in Frankrijk een 'clause-recette', deze clausule stelt (zoals de naam al doet vermoeden) de huurprijs afhankelijk van de door de huurder behaalde omzetten. De 'clause-recette' moet worden onderscheiden van de 'clause d'échelle mobile' omdat het hier niet gaat om een verandering van de huurprijs op grond van een indexcijfer. Artikel L. 145-39 is dus niet van toepassing op deze clausule, ook het Décret van 30 september 1953[113] is niet van toepassing op deze clausule: de vaststelling van de herziene huurprijs kan geheel en al door partijen zelf geschieden.[114]

Artikel L 145-39 voorziet aldus in het leerstuk van de omzethuur ('la clause d'échelle mobile'), hetwelk in België en Nederland vooral bij de kleine detaillist een onbekend fenomeen is. In Frankrijk is omzethuur slechts aan herziening onderhevig indien de omzethuurprijs 25% boven of onder de huurprijs uitkomt zoals deze krachtens art. L 145-33 zou zijn vastgesteld. In de praktijk blijkt dit zelden het geval te zijn.[115] Jurisprudentie daarover is bepaald uitzonderlijk te noemen. Waarschijnlijk houdt dit laatste niet alleen verband met feit dat de 25%-drempel doorgaans niet wordt gehaald maar veeleer met het feit dat het 'gentlemen's deal'-karakter van een dergelijke clausule hoog in het vaandel staat. Het geeft in de detailhandelbranche veelal geen pas dit te doorkruisen door middel van een herzieningsprocedure, hetgeen in strijd is met de geest en de strekking van de huurprijsafspraak. Om deze reden kan men vaststellen dat art. L 145-39 een min of meer slapend bestaan leidt.[116] In Frankrijk wordt het fenomeen der omzethuur sedert 1993 ronduit bejubeld.[117] De wettelijke verankering van het leerstuk is het gevolg van een standaardarrest van de Cour de Cassation uit 1993 (het zgn. 'Théâtre Saint-Georges'-arrest), waarin omzethuur als fenomeen is erkend en dat bovenal naast de reguliere en aan herziening onderhevige huurprijsstelling kan bestaan.[118] De Franse Hoge Raad zei daarover het navolgende:

---

113 Décret n°53-960 du 30 septembre 1953, 'Décret réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal'.

114 Dit wordt bijvoorbeeld nog eens bevestigd door een arrest van het Cour d'appel de Lyon, Chambre civile 6, 16 janvier 2002, numéro de décision: 2000/03489 (Sa Hoficri/Sarl mie belle), '… comportant une "claus-recette" bénéficie d'un nouveau bail soumis aux dispositions du décret du 30 septembre 1953 sauf en ce qui concerne la révision ou la fixation du loyer laquelle relève de la seule convention des parties.'

115 Zie o.a. J. Monéger, Le sort du loyer variable lors du renouvellement du bail commercial, *JCP*, ed. E. 1996, nr. 532.

116 M. P. Bagnéries, *Le loyer du bail commercial*, Parijs, 1997, p. 29 e.v.

117 Zie hierover nader (met tal van rekenvoorbeelden): V. J. Lafond, *Clauses d'indexation dans les baux commerciaux; formul*, Parijs, 1987.

> La fixation du loyer d'un bail renouvelé comportant une clause-recettes échappe aux dispositions du décret du 30 septembre 1953 et n'est régie que par la convention des parties.

Het arrest is in Frankrijk in de heersende literatuur breed onderschreven, later nog eens uitdrukkelijk bevestigd[119] en beschreven als een principiële doorbraak:

> l'une des plus importantes décisions rendues en matière de baux commerciaux depuis dix ans.[120]

Aldus kan worden vastgesteld dat omzethuur in Frankrijk een factor van betekenis is. Artikel L 145-39 voorziet in het leerstuk van de omzethuur ('la clause d'échelle mobile'), hetwelk in België en Nederland vooral bij de kleine detaillist een onbekend fenomeen is. In Frankrijk is omzethuur slechts aan herziening onderhevig indien de omzethuurprijs 25% boven of onder de huurprijs uitkomt zoals deze krachtens art. L 145-33 zou zijn vastgesteld. In de praktijk blijkt dit zelden het geval te zijn.[121] Jurisprudentie daarover is bepaald uitzonderlijk te noemen. Waarschijnlijk houdt dit laatste niet alleen verband met feit dat de 25%-drempel doorgaans niet wordt gehaald maar veeleer met het feit dat het 'gentlemen's deal'-karakter van een dergelijke clausule hoog in het vaandel staat. Het geeft in de detailhandelbranche veelal geen pas dit te doorkruisen door middel van een herzieningsprocedure, hetgeen in strijd is met de geest en de strekking van de huurprijsafspraak. Om deze reden kan men vaststellen dat art. L 145-39 een min of meer slapend bestaan leidt.[122]

Te onderscheiden soorten omzethuur-clausules
In de praktijk bestaan er drie soorten omzethuurclausules:
a. De huurprijs is volledig gerelateerd aan de omzet.
b. De huurprijs bestaat uit een minimum gegarandeerd bedrag per m² (+ indexering) met een omzetafhankelijk opslag.

---

118 Cour de Cassation 10 maart 1993, *Bull. Civ.* III nr. 30, *JCP* 1993 II 22089, met noot van F. Augué; GP 3 juli 1993, p. 21, met noot van J. D. Barbier; *RTD com.* 1993, 638, obs. Pédamon; Dall. Som. 1994, p. 47, obs. L. Rozès, J. Derruppé, RDI 1993, p. 276, *RDI* 1994, p. 54, *JCP*, ed. N 1994, p. 239, met noot van D. Cohen-Trumner.

119 Cour de Versailles 9 januari 1997, 12e ch. 1re sect., 9 jan. 1997. cit. Supra nr. 44; het zgn. 'Rodier-arrest' en Cour de Cassation 15 maart 2000, *RD imm.* 2000, p. 402 en Cour de Cassation 7 maart 2001, Vélizy Petit Clamart: *Bull. Civ.* III, nr. 29.

120 V. F. Auque, in zijn noot onder dit arrest (zie vorige voetnoot). Later in soortgelijke bewoordingen gevolgd door: B. Boccara, 'Le renouvellement des baux à loyer variable', *AJPI* 10 april 1994, p. 278, M. P. Bagnéries, *Le loyer du bail commercial*, Parijs, 1997, p. 31 en F. Kendérian, *L'évolution contemporaine du statut des baux immobiliers d'exploitation*, Bordeaux, 2003, p. 73 e.v.

121 Zie o.a. J. Monéger, 'Le sort du loyer variable lors du renouvellement du bail commercial', *JCP*, ed. E. 1996, nr. 532.

122 M. P. Bagnéries, p. 29 e.v.

c. De huurprijs bestaat uit een bepaald vast bedrag met een omzetafhankelijke opslag.

Het niet zorgvuldig formuleren van de somtijds ingewikkelde omzethuurclausules kan tot geschillen leiden, met name zodra min of meer onverwacht sprake blijkt te zijn van vaste huurprijselementen die wél aan huurprijsherziening onderworpen kunnen worden.[123]

Plafonnement
Bij herziening van de huurprijs moet in Frankrijk krachtens art. L. 145-34 doorgaans rekening worden gehouden met de 'indice du coût de la construction'. De 'indice du coût de la construction' is een indexcijfer dat elk trimester wordt gepubliceerd door het 'Institut National de la Statistique et des Études Économiques' (afgekort: 'INSEE'). De verhoging van de huurprijs mag niet groter zijn dan de verhoging op grond van het indexcijfer van het 'INSEE'. Er moet rekening worden gehouden met dit indexcijfer (het indexcijfer vormt de basis voor het 'plafond', waarboven de huurprijs niet mag uitstijgen) als de huurovereenkomst is gesloten voor een periode niet langer dan negen jaar, tenzij er sprake is van een aanzienlijke verandering in één van de volgende vier elementen: (a) de kenmerken van de betreffende ruimte, (b) de bestemming van de plaats, (c) de respectievelijke verplichtingen van partijen, (d) de lokale handelsfactoren. Deze kenmerken worden opgesomd in art. L. 145-33.[124] Verderop zal blijken dat de huurprijs niet bij elk type bedrijfsruimte in aanmerking voor 'plafonnement'.

In Nederland wordt er in sommige gevallen rekening gehouden met de maandprijsindexcijfers volgens de consumentenprijsindex (CPI), gepubliceerd door het CBS (de Nederlandse variant van het Franse *INSEE*). Er wordt met name gebruik gemaakt van deze indexcijfers bij het herleiden van de huurprijzen zoals dat is voorgeschreven in artikel 7:303 lid 2 BW. Het verschijnsel van 'plafonnement "en soi"' kent het Nederlandse huurrecht niet.

Déplafonnement
In een beperkt aantal gevallen hoeft de huurprijs niet 'geplafonneerd' te worden, dit blijkt – weliswaar indirect – uit art. L. 145-36 van de Code de Commerce. Er is dan

123 Cour de Cassation 31 oktober 1995, *JCP*, éd. E 1995, Pan 1361; *JCP* éd. G. 1996, Jurispr. Nr. 22 675, met noot. B. Bocarral *AJPI* fév.1996, p. 121, met noot D. Cohen-Trumer; *TGI Evry* 22 maart 1996, *AJPI* mei 1996, p. 400, met noot L. Lévy; Loy. Et copr. 1995, 1995 (*JCP* éd. E 1995 II 727, met noot D. Cohen-Truner en L. Lévy; Loy. Et copr. 1995, nr. 428 duiden alle in dezelfde richting: indien de gegarandeerde minimumhuur ook maar een miniem omzet-afhankelijk trekje heeft, is deze niet aan herziening onderhevig.

124 Deze vier kenmerken worden nader uitgewerkt in artikel 23-1 tot en met artikel 23-4 van het Décret n°53-960 du 30 septembre 1953, 'Décret réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal'.

sprake van 'déplafonnement'.[125] Het gaat hierbij in de eerste plaats om het geval dat de huurovereenkomst een duur heeft van langer dan negen jaar, of het geval dat een huurovereenkomst na twaalf jaar stilzwijgend wordt voortgezet door partijen. Voorts vindt geen plafonnering plaats indien sprake is van aanzienlijk gewijzigde omstandigheden tijdens de duur van de huurovereenkomst. Hierbij moet gedacht worden aan de eerste vier factoren die worden genoemd in artikel L. 145-33 van de Code de Commerce (verder uitgewerkt in het *Décret* van 30 september 1953). Op de derde plaats zijn er een aantal typen bedrijfsruimten die op grond van de wet worden uitgezonderd van de regeling met betrekking tot het 'plafonnement' het gaat hierbij om bedrijfsruimten 'locaux à usage (exclusif) de bureaux', bedrijfsruimten die 'monovalent' zijn en 'terrains'[126]. Het niet van toepassing zijn van de regeling betreffende 'plafonnement' heeft als gevolg dat de huurprijs kan worden vastgesteld louter op basis van de huurwaarde. Déplafonnement vindt plaats wanneer sprake is van een (aanzienlijke) wijziging in één van de elementen die worden genoemd in artikel 23-1 tot en met artikel 23-4[127] van het Décret n°53-960 du 30 septembre 1953. Ook de artikelen L. 145-33 en L. 145-34 van de Code de Commerce zijn van belang. De betreffende elementen zijn hierboven reeds vermeld: de kenmerken van de betreffende ruimte, de bestemming van de plaats, de respectievelijke verplichtingen van partijen en de lokale handelsfactoren. Deze mogelijkheid om déplafonnement te bewerkstelligen kan zowel door de huurder als door de verhuurder worden ingeroepen. Meestal is het echter de verhuurder die een beroep doet op het niet van toepassing laten zijn van de regeling van 'plafonnement', om zodoende de huurprijs te kunnen verhogen. De bewijslast terzake rust dan uiteraard op de verhuurder.

Bureaux

Zoals gezegd vindt er bij 'de locaux à usage de bureaux' geen plafonnement plaats. Er zijn een aantal eisen waaraan voldaan moet worden om in aanmerking te komen voor de status van 'local à usage de bureaux': er mogen wél klanten en leveranciers komen, maar er mag hoofdzakelijk géén sprake zijn van opslag ('dépôt') noch van een levering ('livraison') van handelswaren. Hetzelfde geldt voor een huurovereenkomst waarbij de bestemmingsclausule de huurder toestaat om objecten, producten en reclamemateriaal te verkopen.[128] Twee voorbeelden van een 'bureau' zijn een reisbureau en een makelaarskantoor. Géén 'bureau' is bijvoorbeeld een rijschool. Voor de vaststelling van de huurprijs moet er worden gekeken naar artikel 23-9[129] van het Décret n°53-960 du 30

125 Zie hierover: G. Lausanne, p. 263-264.

126 Dit laatste op grond van artikel 23-7 van het Décret n°53-960 du 30 septembre 1953.

127 Over de eventuele toepassing van déplafonnement bij artikel 23-5 gaat bijvoorbeeld: Cour de Cassation, Chambre Civile 3, 19 mars 2003, numéro de pourvoi: 02-10537, 'La codification du statut des baux commerciaux ayant été réalisée à droit constant, il n'y a pas lieu de déduire de la nouvelle rédaction de l'article L. 145-33 du Code de commerce qu'elle autorise le déplafonnement au seul constat d'une évolution notable au cours du bail des prix couramment pratiqués dans le voisinage.' (conclusie: geen toepassing bij artikel 23-5).

128 Zie hierover: G. Lausanne, p. 263, p. 274 en p. 275, zie ook: F. Kendérian, p. 291 t/m 293.

septembre 1953: de huurprijs wordt vastgesteld aan de hand van huurprijzen van vergelijkbare bedrijfsruimte ('locaux équivalents'); correctie vindt plaats naar aanleiding van de geconstateerde verschillen tussen het gehuurde en de vergelijkbare bedrijfsruimte.[130] Dit systeem van vaststelling van de huurprijs is min of meer gelijk aan het Nederlandse.

Locaux monovalents
Tot slot nog enige opmerkingen met betrekking tot de 'locaux monovalents' (eenvormige bedrijfsruimten), die ook ontsnappen aan de regeling betreffende 'plafonnement'. 'Monovalent' houdt in dat de bedrijfsruimte slechts voor één doel mag worden gebruikt. Belangrijk daarbij is dat indien de huidige huurder uit het object vertrekt, dit door de verhuurder alleen aan eenzelfde type huurder (dat wil zeggen een huurder van dezelfde beroepscategorie) kan worden verhuurd indien er geen belangrijke wijzigingen worden aangebracht in het gebouw. Onder deze categorie vallen bijvoorbeeld onderwijsgebouwen (die bij ons in de categorie 'overige bedrijfsruimte' zijn ondergebracht), maar ook hotels (die weer onder het regime van artikel 7:290 lid 2 sub b BW vallen). Artikel 23-8 van het Décret n°53-960 du 30 septembre 1953 regelt de vaststelling van de huurprijs: de huurprijs van 'locaux monovalents' wordt bepaald aan de hand van de gebruikelijke huurprijzen in de branche waartoe het bedrijf dat de bedrijfsruimte huurt behoort.[131]

Conclusie
Het Franse systeem is soortgelijk aan het oude systeem zoals dat tot 1991 gold. Wel is opmerkelijk dat de toetsingsronden, gelijk als in België, een meer open karakter hebben. Belangrijk is het enthousiasme waarmee het fenomeen omzethuur in 1993 Frankrijk is ontvangen en de krachtige bewoordingen waarmee omzethuur nadien herhaaldelijk en uitdrukkelijk in de hogere rechtspraak is bevestigd. Vooral het onderstrepen van het belang van de contractsvrijheid van huurcontractspartijen in de jurisprudentie en literatuur alsook de brede navolging daarvan stemt tot serieuze overpeinzing.

Vastgesteld kan worden dat omzethuur in elk geval sedert 1993 in Frankrijk in een kennelijk aldaar bestaande latente behoefte aan flexibiliteit voorziet. Dit wekt welbeschouwd weinig verbazing. Omzethuur stimuleert de ondernemingszin van (ook) de verhuurder die een (extra) belang krijgt bij de optimale instandhouding van het object, een goede bedrijfsvoering van de huurder en de continuïteit daarvan, hetgeen het verrichten van nieuwe investeringen kan bevlotten. Ik meen dat één en ander tot

129 Modifié par Loi n°89-1008 du 31 décembre 1989 art. 7 (*JORF* 2 janvier 1990).
130 De bepalingen van artikel 23-5, tweede en derde alinea van het Décret zijn van toepassing.
131 Een bevestiging hiervan kan bijvoorbeeld worden gevonden in: Cour de Cassation, Chambre civile 3, 3 décembre 2003, numéro de pourvoi: 02-12266, 'que seuls les locaux, dits monovalents, construits en vue d'une seule utilisation peuvent, par dérogation, voir leur prix déplafonné et déterminé selon les usages observés dans la branche d'activité considérée…'

inspiratie kan leiden en niet in de laatste plaats omdat de ratio van omzethuur in de geest van de Staatscommisie-Houwing anno 1966 is en meer in het bijzonder het ijkpunt van wetgever en de rode draad in de wetgeving vormt sedert 1971. Teneinde de omzethuur in Nederland brede ingang te doen vinden dient deze volledig losgekoppeld te worden van het systeem van nadere huurprijsvaststelling (dat op zichzelf uiteraard kan blijven bestaan). Hiertoe dient aan art. 7:303 lid 5 BW een artikel te worden toegevoegd waarin wordt vastgelegd dat een huurprijs die door partijen bij aanvang van de huur geheel of gedeeltelijk aan de omzet van de huurder is gerelateerd, niet onderhevig is aan nadere huurprijsvaststelling. Een weinig ingrijpende aanpassing met in redelijkheid te verwachten gunstige gevolgen. Er bestaat immers geen indicatie dat het op deze wijze benutten van contractsvrijheid voor één der huurcontractspartijen in Nederland nadelig zal uitpakken.

11.13.3 **Zwitserland**

Een groot gebrek aan woon- en bedrijfspanden noopte (ook) de Zwitserse wetgever tot een wettelijke regeling voor huurprijsbescherming (art. 269 ev. OR). Art. 269 OR over 'Missbräuchliche Mietzinse' (onrechtmatige huurprijzen) heeft betrekking tot woonruimte en bedrijfsruimte in de breedste zin des woords en luidt in het Duits resp. Frans:

> 'Mietzinse sind missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus die Mietsache erzielt wird oder wenn sie auf einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis beruhen.'

> 'Les Loyers sont abusifs lorsqu'ils permettent au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée ou lorsqu'ils résultent d'un prix d'achat manifestement exagéré.'

Art. 269 OR betekent dat een huurprijs onrechtmatig is indien deze opbrengst voor de verhuurder hoger is dan de (vervangings)waarde van het huurobject of indien de huurprijs de aankoopprijs overstijgt. De koper van een huurpand kan bijna nooit verwachten dat hij al in de aanvangsfase zijn investering terug zal verdienen. Het probleem van deze Zwitserse wettelijke regeling is echter dat deze in de praktijk een huurprijsverhogende werking heeft. Dit komt o.a. door de in de wet neergelegde mogelijkheid om de huurprijs steeds bij iedere opzegtermijn te verhogen (art. 269d I OR). Dat kan op grond van overeenkomst of regionaal gebruik bij huurovereenkomsten voor onbepaalde tijd, zelfs meerdere keren per jaar zijn. De wet brengt dus de verhuurder op een idee.[132] De Zwitserse rechtspraak heeft de huurprijsverhogingen enigszins beperkt, door de ontwikkeling van de zgn. 'relatieve methode', die tegengesteld is aan de politiek onwenselijke absolute methode. Bij de absolute methode wordt de huurprijs onderworpen aan een analyse van een financiële situatie op een bepaald moment, zonder dat naar de ontwikkeling (van de huurprijs) en vroegere overeengekomen aanpassingen

132 Permann (e.a.), Handkommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 2002. p. 24 e.v.

gekeken wordt. De rechter toetst de huurprijs op een bepaald moment op de onrechtmatigheid op zichzelf beschouwd, zij het met het oog op de opbrengst of de vergelijkingshuur. Met andere woorden: bij de absolute methode wordt de huurprijs getoetst zonder bijzondere omstandigheden gerelateerd aan huurcontractspartijen (zie paragraaf 11.10). Bij de relatieve methode wordt de voorgeschiedenis van de huurprijs sinds de laatste vaststelling getoetst. Het is niet van belang of de huurprijs op zichzelf onrechtmatig is, maar of deze op grond van de ontwikkeling onrechtmatig geworden is. De relatieve methode laat alleen latere huurprijsaanpassing toe als de berekeningsgrondslagen sinds de laatste huurprijsvaststelling zijn vernadert. De verhuurder is gebonden aan de reden die hij voor verhoging heeft aangegeven. In de praktijk leidt het ertoe dat de verhuurder verplicht is alle verhogingsgronden aan te wenden.[133] De relatieve methode gaat voor de absolute methode, als de verhuurder geen verhoging verlangen kan omdat de huurprijs absoluut bekeken niet eens onrechtmatig is. Omgekeerd heeft de absolute methode voorrang wanneer een relatief toelaatbare verhoging tot een absoluut onrechtmatige opbrengst zou leiden. Verder geldt de relatieve methode alleen bij eenzijdige verhoging.[134]

Absoluut dwingendrechtelijk karakter van de Missbräuchliche Mietzinse
Op grond van de beschermingsfunctie ten behoeve van huurders heeft art. 269 OR een absoluut dwingendrechtelijk karakter. De Missbräuchliche Mietzinse beschermt bij huurprijsverhoging, het aanvechten van de aanvangshuurprijs en de huurprijsvermindering. De meeste Zwitserse artikelen betreffende de huurprijs hebben dan ook een absoluut dwingend karakter. Op grond van BMM 5 (BMM = Beschluss der Bundesversammlung vom 30-6-1972 über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen in Systematische Sammlung des Bundesrechts nr. 221.213.1) zijn enkele artikelen betreft huurprijsverhoging door de verhuurder van 'relativ' dwingend recht. Dit betekend dat er door middel van onderlinge overeenkomst alleen ten gunste van de huurder van mag worden afgeweken[135] met andere woorden semi-dwingend. De regels voor het aanvechten ervan zijn weer absoluut dwingend.

Huurprijzen of huurprijsstijgingen zijn niet onrechtmatig als het een in de regio gebruikelijke huurprijs betreft, ze gegrond zijn op kostenstijgingen voor de huurder, ontstaan zijn door verbouwingen etc. Echter de rechtspraak (Bundesgericht) laat het bewijs van de huurder dat een huurprijs die in de regio gebruikelijk is toch tot een hogere opbrengst dan de vervangingswaarde lijdt en dus onrechtmatig kan zijn toe.[136]

133 Permann (e.a.), p. 67
134 Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderes Teil, 6e druk, Bern 2001, p. 112.
135 Bucher, Obligationenrecht, Besonderes Teil, 3e druk, Zürich 1988.
136 Honsell, p. 189.

11.14 Flexibiliteit

Inleiding
Huurprijsbescherming is naast huurbescherming één van de belangrijkste onderdelen van het wettelijk huurrecht bedrijfsruimte. Zowel huurprijsbescherming als huurbescherming zijn immers gekoppeld aan de termijnbescherming, de spil waarom het huurrecht bedrijfsruimte draait. Huurprijsbescherming biedt de huurder primair rechtszekerheid, maar biedt deze ook flexibiliteit. Immers, een nadere huurprijsvaststelling kan gerealiseerd worden in opwaartse en in neerwaartse richting. Het leerstuk heeft derhalve twee gezichten.

Huurprijs als eng begrip
Bij huurovereenkomsten waarbij een winkelpand en een niet afhankelijke woning gezamenlijk voor één huurprijs zijn verhuurd blijkt bij een beoogde huurverhoging dat de huurder zich in een comfortabele positie bevindt. De verhuurder zal de twee elementen voor wat betreft de huurprijsverdeling van elkaar moeten losweken teneinde inzicht te verkrijgen in de (enge) huurprijs voor het winkelpand alléén. De huurder heeft erbij belang hieraan niet mee te werken. Maar ook al laat de verhuurder dit na, willekeurig het feit of de huurder al of niet heeft willen meewerken aan de loskoppeling, en bepaalt de rechter een huurprijs voor de winkel, dan is het, zonder dat de huurder daaraan zijn medewerking verleent, onmogelijk deze huurprijs voor het bedrijfsobject in te bouwen in de rechtsverhouding als geheel. Aldus helpt juist de inflexibiliteit in de huurovereenkomst de huurder aanzienlijk: stilzitten en niet meewerken kan voor deze in een opgaande markt profijtelijk zijn.

Ontvankelijkheidseis
Door de wetgever is dit vereiste wettelijk vastgelegd teneinde overleg c.q. een minnelijke uitkomst tussen partijen te bevorderen en daarmee de werklast van de rechterlijke macht te ontlasten. Dit oogt praktisch en bevorderend voor de flexibiliteit voor beide partijen maar verschuift slechts het debat van de dagvaardingsprocedure naar de verzoekschriftprocedure in verband met de ontvankelijkheidseis. De door de wetgever beoogde flexibiliteit is vervolgens ver te zoeken als gevolg van het recht op contra-enquête en het belang van de verzoekende/eisende partij de ingangsdatum veilig te stellen. Met name het laatste punt is veelal reden toch voortvarend het verzoekschrift in te dienen. Dit effect van de nieuwe wetgeving had de wetgever uiteraard niet beoogd.

Afwijkende ingangsdatum en ingroeihuur
Zonder meer huurdersvriendelijke nieuwe wettelijke faciliteiten zijn de mogelijkheid dat op vordering van de huurder de ingangsdatum in tijd vooruit wordt geschoven. Zeker in combinatie met de trapsgewijze ingroeihuur biedt dit de huurder die met een huurverhoging wordt geconfronteerd de mogelijkheid te gewennen aan de nieuwe huurprijs. Beide nieuwe elementen bieden de huurder, indien zijn hiertoe strekkende aanvullende tegenvorderingen door de rechter worden gehonoreerd, meer flexibiliteit.

Omzethuur
De belangrijkste vondst in de rechtsvergelijkende studie is uiteraard het Franse leerstuk van de omzethuur. Omzethuur is in Nederland een onderbelicht fenomeen. De contractsvrijheid laat omzethuur uiteraard toe, doch als gevolg van een door de rechter nader vastgestelde huurprijs wordt deze gewijzigd in een reguliere, vaste huurprijs. Dit is naar mijn oordeel niet wenselijk omdat dit de kennelijke bedoeling van beide partijen doorkruist. De partijbedoeling is juist erop gericht de huurder flexibiliteit te geven in het huurniveau (ook na contractsverlenging): loopt de omzet terug of op, dan loopt ook de huurprijs terug of op. Het verband tussen omzet en huurprijs kan nauwer zijn en ruimer. Een vaste basishuurprijs en de tranchering van omzet en een daaraan gekoppeld percentage op basis waarvan een bepaalde huurprijsschaal wordt overeengekomen vormen daarbij sturende contractselementen. Voordeel voor de verhuurder is dat deze belang krijgt bij een goede bedrijfsvoering. Hierom zal deze nauwer betrokken raken bij wijzigingen in het gehuurde die een gunstig effect hebben op de omzet. De verhuurder zal daarbij wel de boekhouding willen (doen) controleren teneinde te voorkomen dat niet alle omzet daadwerkelijk wordt geboekt.

Bij de parlementaire behandeling van de nieuwe huurwetgeving heeft de Minister slechts een terloopse verwijzing naar omzethuur gemaakt. Daarbij poogde deze aan te geven dat indien een omzethuur contractueel is vastgelegd daarmee rekening moet worden gehouden bij het nader vaststellen van de huurprijs. Dit is naar mijn oordeel bepaald vrijblijvend. Teneinde de voortdurendheid van omzethuur na contractsverlenging te verzekeren is het noodzakelijk dat omzethuur vrijgesteld wordt van nadere huurprijsvaststelling. Hiertoe dient een vijfde lid aan art. 7:303 BW te worden toegevoegd. Omzethuur bevordert de flexibiliteit van de huurder en de ondernemerszin van de verhuurder. Door een betrekkelijk eenvoudige wetswijziging kan één en ander worden verwezenlijkt. Partijen hebben dan de vrijheid hiervoor te kiezen.

12 Mededingingsrecht

12.1 Inleiding

Mededingingsrecht strekt ter bevordering van de vrije concurrentie tussen ondernemers en speelt ook een rol binnen huurrelaties. Met name indien tussen verhuurder en huurder afspraken zijn gemaakt op grond waarvan concurrentie wordt geweerd, dient op basis van het mededingingsrecht te worden beoordeeld of dergelijke afspraken door de beugel kunnen. Zo kan een bepaling in een huurovereenkomst op grond waarvan de huurder als horecabedrijf een exclusief recht tot het verzorgen van catering in feestzalen van de verhuurder heeft verworven, nietig zijn wegens strijd met de in het mededingingsrecht geformuleerde normen.

12.2 Winkelcentra

Mededingingsrecht speelt in het huurrecht van bedrijfsruimte tevens een rol bij winkelcentra. Winkelcentra bestaan bij de gratie van een divers winkelaanbod op een bepaald niveau. Bij de planning van een winkelcentrum wordt altijd vooraf uitgebreid marktonderzoek verricht om te bezien welk winkelniveau op de grootste afzet kan rekenen. Elke specifieke winkelformule wordt bepaald door de maximale afzetpotentie. Zo bestaan er bijvoorbeeld hoogwaardige winkelcentra met een buitengewoon hoog brancheniveau, de zgn. middenklassers en de winkelcentra met een eenvoudig winkelaanbod. Elk type winkelcentrum trekt een specifiek soort klanten en bouwt als zodanig goodwill in de omgeving op. Het belang van het instandhouden van een specifiek winkelaanbod op een evenwichtig niveau is bepaald groot. De gehuurde detailhandelsbedrijfsruimten in de onderscheidene winkelcentra worden dan ook door de verhuurder c.q. de beheerder 'opgevuld' met ondernemers die in het 'plaatje' van het betreffende winkelcentrum passen.
Over de bestemming en het gebruik van elk object, worden veelal afspraken in de huurovereenkomst vastgelegd. Beide huurcontractspartijen menen dan te weten waar zij aan toe zijn: de verhuurder veronderstelt zich verzekerd van een onderneming van een bepaalde branche en wellicht zelfs met een bepaald assortiment, waardoor branchevervaging wordt voorkomen. De huurder meent ervan verzekerd te zijn dat deze de enige van de betreffende branche in het winkelcentrum is en dat eventuele concurrenten in diezelfde branche buiten de deur worden gehouden. De vraag dringt zich evenwel op of het eigenlijk wel mogelijk is in een vrij land waar vrije concurrentie ('mededinging') hoog in het vaandel staat op deze wijze de vestiging van nieuwe

ondernemers die dezelfde of gelijksoortige activiteiten ontplooien, aan banden te leggen.[1] In beginsel lijken dergelijke afspraken mededingingsbeperkend.

12.3 De criteria van de Mededingingswet

Of er in zulke gevallen sprake is van mededingingsbeperking, is afhankelijk van wat er precies in de huurovereenkomst is vastgelegd. Indien beide huurcontractspartijen zich bezighouden met economische activiteiten, hetgeen in winkelcentra altijd wel het geval is, zijn deze gebonden aan de Mededingingswet die per 1 januari 1998 ter vervanging van de Wet economische mededinging in werking is getreden en op de naleving waarvan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (de 'NMa') streng toezicht houdt. Op grond van de Mededingingswet dient de hierboven gestelde vraag beantwoord te worden. De in de huurovereenkomst opgenomen bestemmingsbepalingen en de branchebeschermingsbepalingen moeten zorgvuldig worden getoetst aan de hand van de in de Mededingingswet vastgelegde normen. De wijze waarop dat gebeurt kan worden afgeleid uit een aardig voorbeeld uit de praktijk, waarbij men in één keer van meerdere aspecten van de problematiek kan kennisnemen. Het voorbeeld betreft het winkelcentrum 'Palace Promenade' en enkele direct omliggende winkelstraten te Scheveningen. Ten behoeve van de aldaar gevestigde drogisterij 'Le Drugstore' waren de navolgende twee clausules in de huurovereenkomst met verhuurder ING Vastgoed opgenomen, die ING Vastgoed aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) ter toetsing voorlegde.[2]
Artikel 1.2 van de huurovereenkomst luidde als volgt:

> Huurder zal het gehuurde uitsluitend gebruiken als: winkel voor een 'drugstore' met een in bijlage A gespecificeerd assortiment.

Artikel 7 van de bij de Bijzondere Bepalingen van de huurovereenkomst bevatte de navolgende clausule:

> Gedurende een periode van 10 jaar, gerekend vanaf de ingangsdatum van onderhavige overeenkomst, zal verhuurder geen bedrijfsruimte in het winkelcentrum Palace Promenade verhuren aan nieuwe speciaalzaken op het gebied van drogisterij- en parfumerieartikelen, kruiden en bath-, body- en beauty-producten.

De als eerste vermelde clausule is een bestemmingsclausule met een bepaalde assortimentsafspraak en op zichzelf niet reeds daarom nietig. De als tweede vermelde clausule is een branchebeschermingsclausule, op grond waarvan ING Vastgoed zich jegens Le Drugstore verplichtte gedurende de looptijd van de huurovereenkomst geen

---

1 Nota van Toelichting op het Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten d.d. 25 november 1997, Stb. 1997, 596, p. 3.
2 Besluit NMa 1 april 1999, *WR* 2000, 54.

ondernemingen in de Palace Promenade als huurder te accepteren die een drugstore zou gaan uitoefenen, als gevolg waarvan concurrenten door ING Vastgoed behoorden te worden geweerd. Dit laatste had als gevolg dat prijsconcurrentie met betrekking tot het assortiment van Le Drugstore in feite werd uitgesloten. Bij enkele lezing van de twee clausules blijkt dat, zoals reeds vermeld, niet de als eerste vermelde clausule op zichzelf beschouwd maar wel de twee clausules in hun onderlinge combinatie mededingingsbeperkend lijken. Of deze indruk klopt, kan geverifieerd worden. Ten eerste dient getoetst te worden op basis van artikel 6 van de Mededingingswet (afgekort: Mw.), welk artikel als volgt luidt:

> Lid 1:
> Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
>
> Lid 2:
> De krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten zijn van rechtswege nietig.

Voor de beoordeling van de vraag of de hierboven vermelde clausules die in beginsel inbreuk maken op artikel 6 Mw. ook om deze reden per definitie van rechtswege nietig[3] zijn, is evenwel niet alleen artikel 6 Mw. van belang. Tevens is dat namelijk artikel 7 Mw. (de zgn. 'bagatelbepaling'), dat een beperking van het verbod van artikel 6 Mw. inhoudt in het geval sprake is van de zgn. kleinere winkelcentra, in het kader waarvan de wetgever meent dat huurovereenkomsten daarvan van slechts geringe betekenis zijn en nauwelijks invloed hebben op mededinging. Op grond van artikel 7 Mw. zijn niet verboden de mededingingsbeperkende afspraken in winkelcentra met maximaal acht ondernemingen én een gezamenlijke omzet in het voorgaande kalenderjaar van maximaal € 4.540.000 (levering van goederen) dan wel € 908.000 (levering van diensten). In de praktijk vindt artikel 7 Mw. slechts zelden toepassing, omdat alle separate huurovereenkomsten met dezelfde strekking binnen één winkelcentrum als één overeenkomst worden gezien, zodat het minimumaantal van acht al snel wordt gehaald. Ook de wettelijke omzetdrempels blijken in de praktijk bepaald laag. In het onderhavige voorbeeld was artikel 7 Mw. niet van toepassing.

Vervolgens is van belang dat de huurovereenkomst is gesloten in het kader van de exploitatie van het winkelcentrum 'Palace Promenade', welk winkelcentrum een als in artikel 1 sub a van het Besluit Vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten van 25 november 1997 (kortweg: het 'Vrijstellingsbesluit') bedoeld winkelcentrum is. Op grond daarvan kan het Vrijstellingsbesluit van toepassing zijn. Het is immers een (op

3 Zie over nietigheden in dit verband: M. R. Mok, 'Mededingingsrecht en privaatrecht', *NTBR* 2003/6, p. 309 e.v.

grond van art. 1 sub a van het Vrijstellingsbesluit) naar opzet van de bouw en in organisatie en presentatie afgebakende groep van voor het publiek toegankelijke vestigingen van ondernemingen, die rechtstreeks goederen of diensten aan eindgebruikers plegen te leveren. Op grond van het Vrijstellingsbesluit worden branchebeschermingsovereenkomsten in nieuwe winkelcentra tijdelijk vrijgesteld van het verbod van artikel 6 Mw. Dit gebeurt op basis van een zgn. 'generieke vrijstelling', die niet speciaal behoeft te worden aangevraagd. De vrijstelling heeft een generiek karakter om zowel aan de kant van nieuwe winkelcentra en de aldaar te vestigen ondernemingen als aan de kant van de Nederlandse Mededingingsautoriteit een zware administratieve druk te voorkomen. Er bestaan immers anno 2004 ruim 850 winkelcentra in Nederland en jaarlijks komen er 40 nieuwe bij, hetgeen tot een te grote werklast van de Nederlands Mededingingsautoriteit zou leiden. Op grond van artikel 2 van het Vrijstellingsbesluit geldt dit slechts voor branchebeschermingsovereenkomsten gedurende zes jaar na de datum waarop de huur is aangevangen van de eerste zich in het betreffende winkelcentrum vestigende onderneming. In het onderhavige voorbeeld was de eerste huurovereenkomst in de 'Palace Promenade' aangevangen op 17 november 1981. Het Vrijstellingsbesluit was derhalve niet van toepassing op de huurovereenkomst met Le Drugstore.

Nadat is vastgesteld dat (1) de twee clausules in beginsel mededingingsbeperkend zijn op de voet van artikel 6 Mw., (2) van een bagatelvoorziening op de voet van artikel 7 Mw. geen sprake is en (3) de twee clausules niet onder het Vrijstellingsbesluit vallen, komt vervolgens de vraag aan de orde of aanspraak kan worden gemaakt op individuele ontheffing op de voet van artikel 17 Mw., welke bepaling als volgt luidt:

> De directeur-generaal kan op aanvraag een ontheffing verlenen van het verbod van artikel 6, eerste lid, voor overeenkomsten (…) die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen:
> a. beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of
> b. de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.

In de praktijk komt de uitzondering van artikel 17 Mw. erop neer dat de ontheffing speciaal dient te worden aangevraagd, zoals ING Vastgoed in het onderhavige voorbeeld deed. Op basis van de voorwaarden zoals vastgelegd in artikel 17 Mw. kwam ING Vastgoed evenwel niet verder. De NMa oordeelde dat vanwege het feit dat de twee clausules slechts ertoe strekten concurrenten uit de Palace Promenade te weren náást het bewerkstelligen van een gevarieerd winkelaanbod (hetgeen slechts van belang is in de beginperiode van nieuwe winkelcentra) en er bovendien geen voordelen voor de gebruikers waren, is in het onderhavige geval geen ontheffing op de voet van artikel 17 Mw. toegekend. De Nederlandse Mededingingsautoriteit wees het verzoek om

ontheffing van ING Vastgoed derhalve af.[4] Hierbij verdient opmerking dat blijkens het Besluit van de NMa ING Vastgoed weinig inspanningen heeft getroost de ontheffing te krijgen. Zo maakte zij herhaaldelijk geen gebruik van de gelegenheid aanvullende gegevens te verstrekken en haar standpunten nader te motiveren. Uit het Besluit ontstaat de indruk dat ING Vastgoed ook zelf weinig fiducie had in een voor haar positieve beslissing welke had kunnen leiden tot de verzochte ontheffing. Met name de eigen stelling van ING Vastgoed dat geen billijk aandeel aan de gebruikers zou toekomen, deed haar in deze kwestie de das om.

Uit het bovenstaande kan de navolgende vijftrapstoetsing worden afgeleid:
a. bestemmingsclausules en branchebeschermingsclausules dienen in onderlinge samenhang te worden beschouwd; vervolgens:
b. moet inhoudelijke toetsing plaatsvinden op grond van artikel 6 Mw.; vervolgens:
c. moet nagegaan worden of de bagatelbepaling van artikel 7 Mw. van toepassing is; vervolgens:
d. moet nagegaan worden of het Vrijstellingsbesluit van toepassing is; vervolgens:
e. moet nagegaan worden of generieke ontheffing op grond van artikel 17 Mw. mogelijk is.

Uit de sedert de inwerkingtreding van de Mededingingswet gepubliceerde rechtspraak blijkt dat bestemmingsclausules waarbij slechts een bepaalde bestemming of bepaald gebruik en een assortiment is overeengekomen, op zichzelf beschouwd geldig zijn en derhalve voor nakoming vatbaar.[5] Voorwaarde hierbij is dat de clausule slechts dient ter handhaving van het branchepatroon en niet tot handhaving van de monopoliepositie van de huurder.[6] Overschrijding van de bovengrens van de toelaatbaarheid doet zich voor, met andere woorden het omslagpunt naar nietigheid wordt bereikt, wanneer de concurrentie tussen de in het winkelcentrum gevestigde ondernemers *merkbaar* wordt beperkt.[7] Het begrip 'merkbaar' is evenwel een rekbaar begrip en voor meerdere uitleg vatbaar.[8] Het begrip is daarmee een open norm en dient te worden opgevat als een *kwalitatief* merkbaarheidsbegrip dat dient te worden onderscheiden van het in artikel 7 Mw. vastgelegde kwantitatieve merkbaarheidsbegrip.[9]

---

4 Besluit NMa 1 april 1999, zaaknr. 704 (n.g.).
5 Pres. Rb. Maastricht 16 augustus 1999, *WR* 1999, 88; Ktr. Gouda 11 januari 2001, *WR* 2001, 44; Pres. Den Haag 28 december 1999, *WR* 2000, 81 en Rb. Maastricht 16 augustus 2001, *WR* 2002, 7.
6 Ook Evers (p. 44 en 45) lijkt terughoudend te zijn om ook bestemmingclausules en assortimentsbeperkende clausules als nietig te doen bestempelen. Zij wijst evenwel – m.i. terecht – op het ontbreken van duidelijke Hoge Raad-jurisprudentie op dit specifieke onderwerp.
7 Voor een nadere beschouwing zie: N. Eeken, 'Branchebeschermingsovereenkomsten, bestemmingsclausules en de Mededingingswet', *WR* 2003, nr. 7, p. 166 t/m 175.
8 Rb. Utrecht 21 april 1999, *WR* 1999, 71, Pres. Rb. Leeuwarden 9 april 1998, *KGK* 1998, 1479 en HR 17 december 2004, RvdW 2005, 5, waarbij de daaraan voorafgaande uitspraak van het Hof (Gerechtshof Arnhem 13 mei 2003, *WR* 2003, 51) werd vernietigd.
9 Glansbeek, 'De nieuwe Mededingingswet: einde van bestemmingsclausules in huurcontracten?', *WR* 1999, nr. 10, p. 270 t/m 274.

Nietig wegens strijd met artikel 6 Mw. is per definitie een branchebeschermingsclausule (naar zijn aard mededingingsbeperkend), al of niet in combinatie met een op zichzelf geldige bestemmingsclausule en voorzover deze niet valt onder het Vrijstellingsbesluit dan wel een ontheffing wordt verleend ingevolge artikel 17 Mw. Op de nietigheid van een branchebeschermingsclausule kan rechtstreeks een beroep worden gedaan voor de rechter indien een huurcontractspartij daar nakoming van de nietige afspraken vordert.[10]

In de praktijk strekt het tot aanbeveling om in huurovereenkomsten voor nieuwe winkelcentra vast te leggen dat de branchebeschermingsbepalingen slechts voor de eerste zes jaar na aanvang van de eerste huurovereenkomst van het betreffende winkelcentrum geldig zijn. Indien dergelijke clausules immers niet onder het Vrijstellingsbesluit vallen, zijn deze na zes jaar van rechtswege nietig. Slechts indien bijzondere omstandigheden aanwezig zijn, kan het indienen van een ontheffingsverzoek zinvol zijn. De kans is evenwel gering dat de NMa het verzoek inwilligt.[11]

12.4 Flexibiliteit

Het kwalitatieve merkbaarheidsbegrip dat in art. 6 Mw. wordt gelezen is een vaag en rekbaar begrip. Met name vormt een probleem op welke wijze de voor de mededinging merkbaar nadelige gevolgen van een branchebeschermingsclausule *op de relevante markt* moeten worden gemeten. Uit de rechtspraak, die aan dit begrip per geval concrete invulling geeft, blijkt dat voor kort meestal werd nagelaten de merkbaarheid deugdelijk te onderzoeken. En als het al gebeurde, werd dit vaak niet op de juiste wijze gedaan. Recentelijk neemt dit onderzoek een meer serieuze plaats in.

Voor de huurder die te zijnen voordele een branchebeschermingsclausule in zijn huurovereenkomst heeft staan betekent deze ontwikkeling een lager risico op nietigheid van de betreffende clausule krachtens art. 6 Mw., een kleinere kans op concurrentie en derhalve meer flexibiliteit op 'zijn' markt. Immers, nader serieus onderzoek naar de omvang van de relevante markt leidt doorgaans tot een meer genuanceerde en derhalve ruimere marktafbakening. Als gevolg hiervan zijn in beginsel concurrentiewerende clausules wegens gebrek aan merkbaarheid niet nietig krachtens art. 6 Mw. c.q. het daarin besloten kwalitatieve merkbaarheidsbegrip.

10 Pres. Rb. Breda 6 februari 1998, *Prg.* 1998, 4934, *WR* 1998, 7.

11 Leeflang, 'Branchebeschermingsovereenkomsten in winkelcentra aan handen en voeten gebonden', *Vastgoedrecht* 1999, nr. 4, p. 66 t/m 69.

13 Bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230A BW

13.1 Inleiding

Algemeen
Tegelijk met de invoering van het nieuwe huurrecht is de Huurwet ingetrokken. De oude Huurwet was voorafgaand aan 1 augustus 2003 met name voor geliberaliseerde bedrijfsruimte nog van belang. De regeling voor geliberaliseerde bedrijfsruimte was opgenomen in Hoofdstuk VIA (art. 28a t/m art. 28h) van de Huurwet en betrof vooral kantoren en fabrieken. Voor een opsomming van voorbeelden uit de rechtspraak die onder het oude huurrecht is ontwikkeld, wordt verwezen naar paragraaf 6.4. De niet-geliberaliseerde bedrijfsruimte was in de praktijk een onbeduidende restcategorie, waarop de gehele Huurwet met uitsluiting van Hoofdstuk VIA van toepassing was. Onder de laatste categorie vielen de huurovereenkomsten die reeds vóór 30 juni 1971 bestonden,[1] met een toenmalige huurprijs van minder dan *f* 100,– per maand, voor objecten die gelegen zijn in een gedeeltelijk geliberaliseerd gebied (Utrecht, Noord-Holland, Zuid-Holland, Groningen, Haren, Deventer, Apeldoorn, Arnhem, Nijmegen en Wageningen). Deze laatste categorie wordt, vanwege haar geringe betekenis, onderstaand niet nader behandeld. Wel van belang is te weten dat niet alleen de als eerste vermelde categorie van geliberaliseerde bedrijfsruimte (kantoren, fabrieken, e.d.) doch tevens de categorie van niet-geliberaliseerde bedrijfsruimte onder de reikwijdte van het nieuwe artikel 7:230A BW valt. Daarmee is de reikwijdte van artikel 7:230A BW derhalve groter dan die van Hoofdstuk VIA van de Huurwet.

Situering van art. 7:230A BW
Artikel 7:230A BW heeft een opmerkelijke plaats in het nieuwe wettelijke huurrecht gekregen: in afdeling 4 ('De overgang van de huur bij overdracht van de verhuurder zaken en het eindigen van de huur'). Het artikel is opgenomen in de serie waarin ook de 'koop breekt geen huur'-regeling is opgenomen (artt. 7:226 en 227 BW) en waarin tevens de algemene opzeggingsbepaling van art. 7:228 BW, de regeling van de overleden huurder (art. 7:229 BW) en de wederinhuur (art. 7:230 BW) staan vermeld. Het artikel 7:230A BW is door de wetgever uitdrukkelijk in nauw verband geplaatst met het pal voorgaande art. 7:230 BW en vlak vóór het algemene buitengerechtelijke ontbindingsverbod van art. 7:231 BW. De logica van deze situering ontgaat mij. De regeling van categorie 'overige bedrijfsruimte' houdt geen enkel verband met die van de meteen daaraan voorafgaande *commune* wederinhuurregeling (als algemene

1 HR 16 juni 1989, *NJ* 1990, 653.

bepaling ook geldend voor woonruimte en detailhandelsbedrijfsruimte). En ook met de andere bepalingen van afdeling 4 zie ik geen enkel logisch en wetssytematisch verband.

In de wandelgangen wordt wel gezegd dat deze situering wordt gerechtvaardigd omdat art. 7:230A ziet op een situatie waarin de huurovereenkomst formeel is beëindigd doch de (gewezen) huurder (nog) niet behoeft te ontruimen, dit in het verlengde van het voorgaande artikel 7:230 BW. Dit acht ik niet overtuigend. Ten eerste ontbreekt daartoe een aanknopingspunt in de wetsgeschiedenis. Sterker nog: de wetgeschiedenis spreekt over de situering met geen woord. Dit angstvallige stilzwijgen kan erop duiden dat men de categorie 'overige bedrijfsruimte' bij het optuigen van de wettelijke structuur over het hoofd heeft gezien en deze vervolgens maar op de minst onlogische plek in de toen reeds bestaande nummering heeft geplaatst. Voorts is de nummering op zichzelf onlogisch: waarom zou in een nieuwe wet een artikel met nummer '230A' moeten worden opgenomen? Er kon toch gewoon vanaf art. 7:230 worden dóórgenummerd? Wederom: de wetgever zwijgt. Bovendien wordt de qua volume en economisch belang aanzienlijke sector van de 'overige bedrijfsruimte' op één lijn geplaatst met de qua volume en economisch belang verwaarloosbare groep onbebouwde onroerende zaken, hetgeen de categorie 'overige bedrijfsruimte' vanuit wetsystematisch oogpunt tekort doet. Naar mijn mening was situering van deze restcategorie in de vorm van een art. 7:311 in een aparte nieuw afdeling 7.4.7 (met de naam 'overige bedrijfsruimte') logisch geweest, direct volgend op de hoofdcategorie detailhandelsbedrijfsruimte (afd. 7.4.6) welke laatste categorie dan ook als zodanig in de naamgeving van de afdeling zou moeten worden hernoemd.

Semi-dwingend recht
Artikel 7:230A BW is krachtens lid 9 van het artikel van semi-dwingend recht, zodat huurcontractspartijen daarvan niet ten nadele van de huurder kunnen afwijken in de huurovereenkomst dan wel in de daarbij behorende algemene voorwaarden. In het oude huurrecht was de regeling van artikel 28c t/m 28h volledig dwingendrechtelijk van aard (krachtens art. 29 Huurwet). Dit betekent dat in het nieuwe huurrecht niet ten nadele van de huurder contractuele afwijkingen mogelijk zijn (zie hierover nader in paragraaf 1.2 alsook de paragrafen 7.3 en 7.5).

De relatie met detailhandelsbedrijfsruimte
De wettelijke regeling van de zgn. 'overige bedrijfsruimte' (art. 7:230A BW) dient, zoals reeds in het kort in de paragrafen 2.1.2 en 2.3.2 is uiteengezet, in nadrukkelijke samenhang te worden bezien met de wettelijke regeling van de detailhandelsbedrijfsruimte (artt. 7:290 BW t/m 7:310 BW). De belangrijkste reden daarvan is dat de wetgever deze categorie in artikel 7:230A BW uitdrukkelijk als *rest*categorie ten opzichte van de detailhandelsbedrijfsruimte heeft gedefinieerd door artikel 7:230A lid 1 BW te formuleren vanuit het perspectief van het wetssystematische primaat van de detailhandelsbedrijfsruimte. In de praktijk geldt dan ook de hoofdregel: de bedrijfsruimte die niet onder detailhandelsbedrijfsruimte kan worden geschaard, valt per definitie onder de

categorie overige bedrijfsruimte. Artikel 7:230A lid 1 BW is hierop afgestemd en luidt als volgt:

> Heeft de huur betrekking op een gebouwde onroerende zaak of gedeelte daarvan en is die zaak of dat gedeelte noch woonruimte, noch bedrijfsruimte in de zin van deze titel, dan kan de huurder na het einde van de huurovereenkomst de kantonrechter verzoeken de termijn waarbinnen ontruiming moet plaatsvinden, te verlengen. Het verzoek moet worden ingediend binnen twee maanden na het tijdstip waartegen schriftelijke ontruiming is aangezegd. Bevoegd is de rechter in wiens rechtsgebied de onroerende zaak is gelegen.

Het verschil tussen detailhandelsbedrijfsruimte en overige bedrijfsruimte doet zich met name gevoelen in de wijze waarop de huurder wordt beschermd bij de beëindiging van de huur door de verhuurder. Dit verschil komt mede tot uitdrukking in de structuur van de onderscheidene wettelijke regelingen. De regeling van artikel 7:290 e.v. BW is betrekkelijk gedetailleerd en fijnmazig; die van artikel 7:230A BW is bondig en heeft een open karakter. Onderstaand zal nader worden ingegaan op de beëindigingssystematiek van het nieuwe artikel 7:230A BW. Voorts komt de huurprijs en de wijzigingsmogelijkheden daarvan aan de orde. Bovendien zal worden ingegaan op de situatie waarin tussen verhuurder en huurder een geschil bestaat over de vraag of een bepaald object nu onder de categorie van de detailhandelsbedrijfsruimte valt dan wel onder de andere categorie van de overige bedrijfsruimte. Deze zgn. 'grensgeschillen', waarvan in paragraaf 6.2 al een aantal voorbeelden is gegeven, leveren kleurrijke jurisprudentie op.

13.2 De reflexwerking van de wettelijke regeling voor detailhandelsbedrijfsruimte

Zoals hierboven is aangeduid zijn de (in onderstaande paragraaf 13.3 nader te behandelen) beëindigingsregels van de categorie 'overige bedrijfsruimte' van geheel andere snit dan die van detailhandelsbedrijfsruimte. In de praktijk betekent dit evenwel niet dat de tekst van een huurovereenkomst voor overige bedrijfsruimte ook doorgaans op artikel 7:230A BW is afgestemd. Integendeel, uit veel huurovereenkomsten lijkt op basis van de tekst toepasselijkheid van artikel 7:230A BW beoogd, terwijl het object welbeschouwd juist detailhandelsbedrijfsruimte betreft. Schijn bedriegt en daarom is het maken van een zorgvuldige kwalificatie van het betreffende object voortdurend van groot belang, met name ingeval de huur door de verhuurder wordt opgezegd (zie paragraaf 13.4 hieronder).
Ook het omgekeerde komt veel voor: huurovereenkomsten voor overige bedrijfsruimte bevatten veelal bepalingen die zijn gebaseerd op de wettelijke regeling van detailhandelsbedrijfsruimte. Wat dit laatste fenomeen betreft heeft de (sedert 1981 betrekkelijk fijnmazige) wettelijke regeling van de detailhandelsbedrijfsruimte (die in feite reeds sedert 1971 bestaat) in essentie een sterke 'reflexwerking' op de open wettelijke regeling van de overige bedrijfsruimte. In de praktijk komt de reflexwerking neer

op het bijna blindelings opnemen van bepalingen in huurovereenkomsten bestemd voor overige bedrijfsruimte die rechtstreeks lijken te zijn gekopieerd uit de wettelijke regeling van detailhandelsbedrijfsruimte. (Men dient hierbij uiteraard artikel 7:230A lid 9 BW voortdurend in het oog te houden, krachtens welk artikel niet ten *nadele* van de huurder van artikel 7:230A BW kan worden afgeweken.
Zo wordt bij het opstellen van huurovereenkomsten voor overige bedrijfsruimte veelal onverplicht gekozen voor een huurtermijn van vijf plus vijf jaar, vaak nog aangevuld met een optionele verlenging van nog eens vijf jaar. Doch ook ingeval sprake is van een enkele huurperiode van vijf jaar, meent men in de praktijk wel eens (ten onrechte) dat een huurder, zonder dat deze de huur tegen het einde van deze vaste periode heeft opgezegd, van rechtswege zal doorhuren voor onbepaalde dan wel een bepaalde tijd. Het feit dat de huurder desgewenst gewoon kan vertrekken zonder dat opzegging nodig is, kan in de praktijk tot verrassingen leiden. Ook blijkt soms dat huurprijswijziging beperkt blijft tot één keer in de vijf jaar, terwijl daarvoor bij overige bedrijfsruimte geen wettelijke reden bestaat.[2] Met behulp van uitgebreide indexeringsclausules (anders dan alleen strekkende tot een jaarlijkse inflatiecorrectie) kan bij overige bedrijfsruimte immers ook tussentijds huurprijswijziging tot marktniveau plaatsvinden. Daarnaast is de opzeggingstermijn veelal een jaar, terwijl daartoe in artikel 7:230A BW geen voorschrift bestaat.

In drie gevallen is de regeling aangaande detailhandelsbedrijfsruimte rechtstreeks op de artikel 7:230A-categorie van overeenkomstige toepassing verklaard. Ten eerste is artikel 7:305 BW van belang, welk artikel betrekking heeft op verbeteringskosten die zijn gemaakt voor energiebesparende voorzieningen als bedoeld in artikel 17a lid 1 Woningwet, welke kosten kunnen doorwerken in de huurprijs (zie de paragrafen 10.12 en 12.5). Het gaat voorts om artikel 7:309 BW (schadevergoeding na opzegging en beëindiging wegens 'werken in het algemeen belang') (zie de paragrafen 12.3.4 en 7.15) en, ten slotte, artikel 7:310 BW (ontbinding wegens verwezenlijking bestemmingsplan door de nieuwe eigenaar/verhuurder) (zie de paragrafen 8.5 en 12.3.5).

Aldus blijkt dat essentiële kenmerken van de wettelijke regeling voor detailhandelsbedrijfsruimte als norm zijn geaccepteerd in de categorie overige bedrijfsruimte, terwijl daarvoor, behoudens drie expliciete uitzonderingen, geen wettelijke noodzaak is aan te wijzen. Oplettendheid aangaande het juiste toepasselijke wettelijke regime is daarom steeds vereist, omdat de uiterlijke tekst van de huurovereenkomst niet bepalend is voor de juiste kwalificatie van het object. Met name op het onderdeel van huurbeëindiging kan een vergissing in de praktijk tot grote problemen leiden.

---

2 Uit Ktr. Arnhem 20 november 2003, *JHV* 2004, 151/*WR* 2004, 17 blijkt een naar mijn mening te vergaande toepassing van de reflexwerking waarbij de ratio van de nadere huurprijsvaststellingsregeling voor detailhandelsbedrijfsruimte-regeling integraal werd toegepast op overige bedrijfsruimte. Een voorbeeld derhalve van hoe het niet moet.

13.3 De beëindiging van een huurovereenkomst voor overige bedrijfsruimte

13.3.1 De ontruimingsaanzegging annex opzegging door de verhuurder

Uit de hierboven vermelde wettekst van artikel 7:230A lid 1 BW blijkt reeds de kern van de beëindigingssystematiek van huurovereenkomsten van de categorie overige bedrijfsruimte. Deze bepaling moet in onderlinge samenhang worden gelezen met de onderstaande leden 2 t/m 5 en lid 7 van artikel 7:230A BW:

> Lid 2:
> Het eerste lid geldt niet in geval de huurder zelf de huur heeft opgezegd, uitdrukkelijk in de beëindiging heeft toegestemd of veroordeeld is wegens niet-nakoming van zijn verplichtingen.
>
> Lid 3:
> De verhuurder kan niet verlangen dat de huurder voor het einde van de in lid 1 bedoelde termijn tot ontruiming overgaat. De indiening van het verzoek schorst de verplichting om tot ontruiming over te gaan totdat op het verzoek is beslist.
>
> Lid 4:
> Het verzoek wordt slechts toegewezen indien de belangen van de huurder en de onderhuurder aan wie bevoegdelijk is onderverhuurd, door de ontruiming ernstiger worden geschaad dan die van de verhuurder bij voortzetting van het gebruik door de huurder. Het verzoek wordt niettemin afgewezen, indien de verhuurder aannemelijk maakt dat van hem wegens onbehoorlijk gebruik van het verhuurde, wegens ernstige overlast, de medegebruikers dan wel hemzelf aangedaan, of wegens wanbetaling niet gevergd kan worden dat de huurder langer het recht op het gebruik van de zaak of gedeelte daarvan behoudt.
>
> Lid 5:
> De verlenging kan worden uitgesproken voor een termijn van ten hoogste een jaar na het eindigen van de overeenkomst. Deze termijn kan op het verzoek van de huurder nog tweemaal telkens met ten hoogste een jaar worden verlengd. Het verzoek tot verlenging moet uiterlijk een maand voor het verstrijken van de termijn worden ingediend. Lid 2, tweede zin, en lid 3 zijn van toepassing.
>
> Lid 7:
> Bij afwijzing van het verzoek stelt de kantonrechter het tijdstip van ontruiming vast. De beschikking geldt als een veroordeling tot ontruiming tegen dat tijdstip.

Deze bepalingen betekenen in onderlinge samenhang bezien kortweg het navolgende:

1. Het einde van de huurovereenkomst als gevolg van opzegging en/of ontruimingsaanzegging door de verhuurder doet de huurovereenkomst eindigen. Dit betekent niet dat de gewezen huurder en de gewezen bevoegdelijke onderhuurder vanaf de

datum waarop de huurovereenkomst tot een einde komt, moeten ontruimen. De huurder geniet namelijk automatisch ontruimingsbescherming, ondanks het feit dat hij zich vanaf de beëindigingsdatum niet meer als huurder in het pand bevindt.

2. De automatische ontruimingsbescherming duurt twee maanden vanaf de dag waarop de huurovereenkomst is beëindigd.
3. Binnen deze periode[3] (of daaraan voorafgaand[4]) dient de huurder de kantonrechter te verzoeken de ontruimingsbescherming te verlengen tot een jaar, waarop de eerste twee maanden in mindering komen. Een te laat ingediend verzoekschrift wordt terstond afgewezen.[5] Het verzoekschrift[6] schorst de ontruimingsverplichting totdat op het verzoek is beslist. Zonder een tijdig ingediend verzoekschrift zijn de huurder en de bevoegdelijke onderhuurder na ommekomst van de tweemaandentermijn tot ontruiming gehouden.[7] De verhuurder dient daartoe nog wel een ontruimingsvonnis te bemachtigen, bijvoorbeeld door middel van een kort geding, omdat in dat geval lid 7 van art. 7:230A BW hem niet ten dienste staat.
4. De rechter beslist op basis van een open belangenafweging, waarbij alle mogelijke feiten en omstandigheden aan de orde kunnen komen[8]. Ook de belangen van een eventuele onderverhuurder moeten uitdrukkelijk worden meegewogen. Het verzoek wordt in elk geval afgewezen bij gebleken onbehoorlijk gebruik van het gehuurde, ernstige overlast of wanbetaling, twee afwijzingsgronden met een *imperatief* karakter, welke uitdrukkelijke instructie aan de rechter in het oude huurrecht niet bestond.
5. Verlenging met een periode van een jaar kan in totaal drie keer plaatsvinden. De tweede en derde verlenging moeten aan de rechter worden verzocht uiterlijk een maand voordat de voorgaande termijn verstrijkt. De praktijk wijst uit dat een tweede en derde verlengingsverzoek zelden wordt gehonoreerd.[9]
6. Een beschikking waarin de ontruimingsdatum wordt bepaald biedt art. 7:230A lid 7 BW de verhuurder een ontruimingstitel zodat deze niet alsnog in kort geding behoeft te worden gevorderd.

---

3 Uit HR 2 april 1982, *NJ* 1983, 367 en Gerechtshof Amsterdam 20 februari 2003, *NJ*-kort 2003, 41/ *WR* 2003, 38 blijkt hoezeer men hierop oplettend moet zijn.

4 HR 12 april 1996, *NJ* 1996, 450 en Rb. Rotterdam 14 oktober 1999, *Prg.* 2000, 5407.

5 Ktr. Amsterdam 28 november 2002, *NJ*-kort 2003, 40.

6 Uit Ktr. Amsterdam 12 maart 1998, *KG* 1998, 115 blijkt dat het verzoek niet in de vorm van een vordering in reconventie kan worden gedaan, maar uitdrukkelijk als separaat verzoek moet worden ingediend.

7 Ktr. Rotterdam 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 772 en Voorzieningenrechter Rb. Utrecht 19 september 2002, *WR* 2003, 16.

8 Ktr. Apeldoorn 4 juni 1997, *Prg.* 1998, 5037; Rb. Almelo 3 januari 1996, *WR* 1997, 47 en Ktr. Schiedam 26 mei 2000, *Prg*. 2000, 5574 en Ktr. Utrecht 31 januari 2003, rekestnr. 280856/ rolnr. 02-11674 (n.g.).

9 In Ktr. Amsterdam 27 november 2003, *JHV* 2004, 74 wijst de kantonrechter het verlengingsverzoek af doch bepaalt de ontruiming op een jaar, waardoor een leemte in de huurrelatie ontstaat, gedurende welke periode de verhuurder geen gebruiksvergoeding verschuldigd is. Een voorbeeld hoe het niet moet.

Met dit systeem is het oude systeem zoals dat was vastgelegd in artikel 28b e.v. van Hoofdstuk VIA van de Huurwet grotendeels overgenomen en ingebed in de nieuwe titel 7.4 BW. De daarin opgenomen algemene bepalingen spelen daarbij een aanvullende rol, niet alleen waar deze onderwerpen als de oplevering, de onderhouds- en gebrekenregeling betreffen, maar tevens waar het de afloop van de huurovereenkomst in samenhang met de opzegging door de verhuurder betreft.

Daarnaast is de procedure een reguliere verzoekschriftprocedure geworden onder toepassing van het per 1 januari 2002 in werking getreden nieuwe burgerlijk procesrecht, waar de absolute bevoegdheid van de rechter (en dus niet de kantonrechter) formeel voorop staat, in tegenstelling tot de bedoeling van de wetgever, welke omissie van de wetgever een wetswijziging vergt. Zie over dit aspect paragraaf 7.3.3.

13.3.2 De buitengerechtelijke huurontbinding

Onder de vigeur van het oude huurrecht bestond de mogelijkheid voor de verhuurder in geval van (zwaarwegende) wanprestatie van de huurder tot buitengerechtelijke ontbinding van de huurovereenkomst over te gaan. Immers, in tegenstelling tot de wettelijke verboden daartoe bij woonruimte (art. 7A:1623n lid 1 BW) en detailhandelsbedrijfsruimte (7A:1636 lid 1 BW) ontbrak bij de categorie van de 'overige bedrijfsruimte' een dergelijk wettelijk verbod. Ook in een dergelijke situatie bestond evenwel vanaf de datum waartegen de ontbinding buitengerechtelijk was ingeroepen de reguliere automatische ontruimingsbescherming op grond van het toenmalige artikel 28c Huurwet.[10]

Vanaf 1 augustus 2003 schrijft artikel 7:231 BW voor dat ontbinding slechts door de rechter kan geschieden. Deze algemene bepaling geldt ook voor de categorie bedrijfsruimte. Het wettelijk voorschrift van artikel 7:231 BW is krachtens lid 3 van dat artikel van semi-dwingend recht, zodat huurcontractspartijen daar niet van kunnen afwijken in de huurovereenkomst en/of in de daarbij behorende algemene voorwaarden. De hoofdregel van artikel 7:231 BW heeft één formele uitzondering, namelijk de mogelijkheid van buitengerechtelijke ontbinding in het geval van een gebrek dat de verhuurder verplicht is te verhelpen en het genot dat de huurder mocht verwachten geheel onmogelijk maakt. Deze uitzondering is vastgelegd in artikel 7:201 BW en wordt in paragraaf 5.3.5 nader behandeld. Krachtens artikel 7:230A lid 2 BW is het, ondanks de niet geheel duidelijke wettekst, aannemelijk dat in het geval de rechter de ontbinding van de huurovereenkomst uitspreekt, de huurder geen aanspraak kan maken op de ontruimingsbescherming van artikel 7: 230A lid 3 BW.

10 Gerechtshof Amsterdam 19 februari 1998, *Prg.* 1998, 5038.

13.3.3 Opzegging op de voet van artikel 39 Faillissementswet

In het verlengde van het voorgaande is eveneens sprake van een automatisch geschorste ontruimingsverplichting in het geval de huurder in staat van faillissement is verklaard en de verhuurder met inachtneming van artikel 39 van de Faillissementswet de huurovereenkomst heeft opgezegd. Ook in dat geval wordt de ontruimingsverplichting automatisch geschorst en kan volgens vaste rechtspraak in beginsel een verlengingsverzoek worden ingediend (door de curator).[11] Onder omstandigheden kan een beroep op de geschorste ontruimingsverplichting evenwel als in strijd met de redelijkheid en de billijkheid worden geacht.[12]

13.3.4 Opzegging wegens 'werken in het algemeen belang'

Het betreft hier de beëindigingsgrond en de hieraan gekoppelde schadevergoedingsregeling als bedoeld in artikel 7:309 BW, die in eerste instantie voor detailhandelsbedrijfsruimte is geschreven. Deze wettelijke voorziening is in wetsystematisch opzicht dan ook aldaar gesitueerd. Krachtens artikel 7:309 lid 5 BW is deze voorziening uitdrukkelijk ook op de categorie 'overige bedrijfsruimte' van toepassing. Deze beëindigingsgrond wordt in de praktijk overigens zelden gebruikt. Verwezen wordt in dit verband naar de paragrafen 13.2 en 7.15.

13.3.5 Ontbinding wegens verwezenlijking bestemmingsplan nieuwe eigenaar/verhuurder

Het betreft hier de ontbindingsgrond als bedoeld in artikel 7:310 BW die, gelijk als de beëindigingsmogelijkheid als bedoeld in artikel 7:309 BW eveneens in beginsel voor detailhandelsbedrijfsruimte is geschreven en wetsystematisch ook aldaar is geplaatst. Krachtens artikel 7:310 lid 3 BW is deze voorziening uitdrukkelijk ook op de categorie 'overige bedrijfsruimte' van toepassing. Deze ontbindingsgrond wordt in de praktijk overigens zelden gebruikt. Verwezen wordt in dit verband naar de paragrafen 8.5 en 18.2.

13.4 Het einde van de huur en de opzegging annex ontruimingsaanzegging

13.4.1 Opzegging en ontruimingsaanzegging

Artikel 7:228 lid 1 BW bepaalt in algemene zin dat een huur die voor bepaalde tijd is aangegaan na ommekomst van de bepaalde duur eindigt zonder dat daartoe opzegging vereist is. Artikel 7:228 lid 2 BW voegt daaraan toe dat een huur die voor onbepaalde tijd is aangegaan dan wel voor onbepaalde tijd is verlengd, door opzegging eindigt en

11 HR 22 juli 1991, *NJ* 1991, 749.
12 Gerechtshof Amsterdam 12 juli 1994, *WR* 1995, 42 en Pres. Rb. Utrecht 18 februari 1999, 5149.

dat opzegging dient te geschieden tegen een voor huurbetaling overeengekomen dag op een termijn van ten minste een maand. Omdat voor de categorie overige bedrijfsruimte een nadere specifieke bepaling in artikel 7:230A BW ontbreekt, behoeft voor deze categorie krachtens artikel 7:228 BW de huurovereenkomst derhalve slechts te worden opgezegd indien deze voor onbepaalde tijd is aangegaan, dan wel na ommekomst van de eerste dan wel een daaropvolgende bepaalde huurperiode voor onbepaalde tijd is verlengd. Bij beëindiging door de verhuurder van een huurovereenkomst tegen het einde van een bepaalde huurperiode behoeft niet te worden opgezegd, doch dient wel de ontruiming uitdrukkelijk – schriftelijk – te worden aangezegd tegen een datum die ná het einde van de huurovereenkomst ligt; bijvoorbeeld één dag erna. Uit de rechtspraak volgt dat de opvolgend eigenaar de ontruiming niet opnieuw behoeft aan te zeggen.[13]
Deze ontruimingsaanzegging dient overigens tevens te geschieden indien opzegging noodzakelijk is, hetzij uitdrukkelijk bij opzegging zoals hierboven bedoeld, dan wel op een later tijdstip. Voor de ontruimingsaanzegging geldt geen bepaalde termijn. Zonder die aanzegging zal de schorsingstermijn van twee maanden niet eindigen. Daarnaast zij nog vermeld dat de schriftelijke ontruimingsaanzegging niet per se per aangetekende brief met bericht van ontvangst behoeft te geschieden. Het voorschrift dienaangaande in het oude huurrecht is in het nieuwe huurrecht niet teruggekeerd, hetgeen uiteraard niet weg neemt dat vanuit de bewijspositie van de verzender gezien het raadzaam is de brief 'met bericht van ontvangst' te verzenden. Voor een nadere behandeling van dit specifieke onderdeel wordt in dit verband verwezen naar paragraaf 8.3.1. Voor de verhuurder bestaat bovendien in beginsel de theoretische mogelijkheid dat de aanzegging tot ontruiming ook rechtsgeldig kan geschieden bij dagvaarding, waarbij tevens in kort geding ontruiming wordt gevorderd, hetgeen evenwel eerder een curieus voorbeeld is uit de rechtspraak dan een aanbeveling voor de praktijk, gezien de van rechtswege geschorste ontruimingsverplichting op de voet van artikel 7:230A lid 3 BW, op grond waarvan een dergelijk ontruimings-kort geding voorbarig is, een ingediend verlengingsverzoek op de voet van artikel 7:230A lid 1 BW doorkruist en derhalve weinig kans van slagen heeft.[14]

Doorgaans is het ritueel van opzegging en ontruimingsaanzegging erop gericht de huurder uit het gehuurde te verdrijven. Toch is er wel eens sprake van een uitzondering. De verhuurder die de opzegging en ontruimingsaanzegging doet puur om de huurder onder druk te zetten een hogere huurprijs af te dwingen moet zich realiseren dat dit niet meer valt terug te draaien indien de huurder bedankt voor de eer en werkelijk vertrekt. Ook een in allerijl gedaan beroep door de verhuurder op de wettelijke regeling van detailhandelsbedrijfsruimte en de hiermee samenhangende verlenging op grond waarvan zijn initiële opzegging en ontruimingsaanzegging nietig zou zijn, kan de verhuurder geen redding brengen: de huur is beëindigd.[15]

---

13 HR 23 juni 1972, *NJ* 1972, 505 en Ktr. Amsterdam 27 april 2001, *WR* 2001, 82.
14 Ktr. Den Haag 23 maart 2000, *WR* 2001, 8.

13.4.2 De opzeggingstermijn

De opzeggingstermijn is, zoals hierboven reeds in het kort is aangeduid, niet semi-dwingendrechtelijk voorgeschreven, naast het in artikel 7:228 lid 2 BW vermelde minimum van één huurtermijn (doorgaans een maand). Huurcontractspartijen zijn derhalve, met inachtneming van het voorgaande, volledig vrij in het afspreken van een opzeggingstermijn. Indien geen opzeggingstermijn is overeengekomen, geldt in de rechtspraak als richtlijn dat op basis van rechtspraak uit het oude huurrecht een opzeggingstermijn van drie maanden in elk geval redelijk wordt geacht, mede vanwege het stringente regime in verband met de bepaald korte termijn van twee maanden binnen welke de gewezen huurder verlenging van de automatisch geschorste ontruimingsverplichting aan de rechter moet verzoeken.

Het vereiste van het oude artikel 28c Huurwet van de verzending van de opzeggingsbrief annex ontruimingsaanzegging bij deurwaardersexploot dan wel per aangetekende brief met bericht van ontvangst is in het nieuwe huurrecht geschrapt. Dit neemt uiteraard niet weg dat het risico van verzending op grond van artikel 3:37 lid 3 BW bij de verhuurder ligt.[16] In dit verband wordt voor een nadere behandeling van dit aspect verwezen naar paragraaf 8.3.1, waar de problematiek in verband met de bewijspositie van de verhuurder bij het verzenden van de opzeggingsbrief van een huurovereenkomst van detailhandelsbedrijfsruimte reeds aan de orde is gekomen en op dit specifieke punt ook voor overige bedrijfsruimte toepasselijk is.

13.4.3 De uitzonderingen op de regel van de geschorste ontruimingsverplichting

Krachtens het bepaalde in artikel 7:230A BW lid 2 geldt de hierboven behandelde beëindigingssytematiek c.q. de automatische schorsing van de ontruimingsverplichting van de gewezen huurder niet in geval het de huurder is die de huurovereenkomst heeft opgezegd, de huurder in de opzegging annex ontruimingsaanzegging uitdrukkelijk[17] heeft bewilligd, dan wel indien de huurder: 'veroordeeld is wegens niet nakoming van zijn verplichtingen'. Deze als laatste vermelde frase is afwijkend van die in de soortgelijke oude bepaling van artikel 28c lid 2 Huurwet, waarin de frase luidde: '… veroordeeld is tot ontruiming wegens niet nakoming zijner verplichtingen.' Op de letter van de wet beschouwd betekent dit een verzwakking van de positie van de huurder. Immers, indien deze bijvoorbeeld slechts is veroordeeld tot voldoening van achterstallige huurpenningen en niet de ontbinding van de huurovereenkomst en de ontruiming van het gehuurde is uitgesproken, kan in het geval van een latere huurbeëindiging van de verhuurder geen beroep worden gedaan op ontruimingsbescherming.

---

15 Ktr. Zwolle 15 januari 2003, *WR* 2003, 32.

16 HR 22 juli 1976, *NJ* 1977, 6 en HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 209.

17 Ktr. Amsterdam 14 februari 1997, *WR* 1998, 16 en Ktr. Bergen op Zoom 11 juli 2001, *WR* 2001, 74.

Dit betekent tevens dat in het geval het gehuurde bevoegdelijk is onderverhuurd, de belangen van de onderhuurder geen rol spelen (er vindt immers geen belangenafweging op de voet van artikel 7:230A lid 4 BW plaats), waardoor tevens de positie van de onderhuurder die wellicht zelf wél aan diens (huurbetalings)verplichtingen aan de onderverhuurder voldoet, zich met een ontruimingsrisico geconfronteerd kan zien. De onderhuurder rest dan ook slechts een positie ten opzichte van de onderverhuurder op basis van de algemene bepalingen, met name de artikelen 7:203 e.v. BW. Zie hierover nader hoofdstuk 4.

Uit de rechtspraak blijkt voorts dat geen beroep op ontruimingsbescherming kan worden gedaan indien de huurovereenkomst een uitgesproken tijdelijk karakter heeft. Een beroep op ontruimingsbescherming wordt in een dergelijk geval geacht als in strijd met de redelijkheid en de billijkheid te zijn gedaan.[18]

13.5 De huurprijs

De huurprijs komt bij de categorie overige bedrijfsruimte op drie manieren aan de orde. De eerste manier is gelegen in het reeds hierboven aangehaalde aspect dat de huurprijs vrij overeen te komen is en niet op een wettelijke basis voor nadere huurprijsvaststelling vatbaar is, zodat verhuurders voor reguliere aanpassing (ook tussentijds) op verhogings- c.q indexeringsclausules in de huurovereenkomst zijn aangewezen. De sporadische geschillen terzake komen vooral naar voren bij verschil van mening over de uitleg van de doorgaans complexe verhogingsclausules.

De tweede manier waarop de huurprijs aan de orde komt, is gelegen in de mogelijkheid van huurprijsaanpassing gebaseerd op het bepaalde in artikel 7:305 lid 1 BW, een artikel dat wetssystematisch in de categorie detailhandelsbedrijfsruimte van afdeling 6 van titel 7.4 is geplaatst, doch krachtens artikel 7:305 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing voor de categorie 'overige bedrijfsruimte' is verklaard. Artikel 7:305 lid 1 BW maakt dankzij het tweede lid van dat artikel ook voor de categorie 'overige bedrijfsruimte' tussentijdse huurverhoging mogelijk na door de verhuurder aangebrachte (energiebesparende) verbeteringen als gevolg van een gemeentelijke aanschrijving op basis van het bepaalde in artikel 17a lid 1 van de Woningwet. Voor een nadere uiteenzetting hierover wordt in dit verband verwezen naar paragraaf 11.12.

Ten slotte komt de huurprijs aan de orde na de beëindigingsdatum van de huurovereenkomst na opzegging door de verhuurder. Artikel 7:230A lid 6 BW luidt hiertoe als volgt:

> Zo partijen het niet eens zijn over de som die de huurder gedurende de termijn waarmee de verlenging heeft plaatsgevonden, voor het gebruik van de zaak of gedeelte

18 Pres. Rb. Den Bosch 7 februari 1972, *NJ* 1972, 440.

> daarvan verplicht is te betalen, stelt de rechter deze som vast op een, gezien het huurpeil ter plaatse, redelijk bedrag. Hij kan, zo een der partijen dit verzoekt, te dier zake een voorlopige voorziening treffen. Voor het overige blijven gedurende deze termijn de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst van kracht.

Zoals hierboven reeds is gesteld, verblijft de huurder vanaf de beëindigingsdatum niet meer ten titel van huur in het object (de huurovereenkomst is immers vanaf die datum beëindigd), dit ondanks het feit dat in artikel 7:230A BW in lid 3, lid 4 en lid 6 spreekt van 'huurder'. De term 'huurder' is in die fase strikt genomen een onjuiste term en een bewoording als 'gewezen huurder' of 'gebruiker' zou wetssystematisch juister zijn geweest. Artikel 7:230A lid 6 BW bepaalt dat na de beëindigingsdatum de feitelijke rechten en plichten uit de (beëindigde) huurovereenkomst onverkort doorlopen, zij het strikt genomen niet meer uit hoofde van verhuur en huur, met uitzondering van de periodieke vergoeding. De veranderde status van de gewezen huurder c.q. gebruiker van het object na de beëindigingsdatum vereist logischerwijs tevens op dit punt een wijziging: de huurprijs wordt een periodieke gebruiksvergoeding. Van een *huur*betalingsverplichting is immers geen sprake meer en artikel 7:230A lid 6 BW spreekt daar dan ook niet van. Gelijk als in het oude huurrecht wordt de gebruiksvergoeding bepaald op basis van het (redelijk) huurpeil ter plaatse. In een stijgende markt betekent dat doorgaans een verhoging naar marktniveau. In tegenstelling tot wat in het oude huurrecht gold, speelt vanaf 1 augustus 2003 de Huurcommissie geen rol meer bij de beoordeling door de rechter van een verzoek van de verhuurder aan deze een hoger bedrag dan voordien als huurprijs gold, vast te stellen. In het nieuwe huurrecht kan de verhuurder, hangende de behandeling van een verlengingsverzoek, op de voet van artikel 7:230A lid 1 BW een voorlopige voorziening laten treffen, niet alleen strekkende tot de bepaling van de hoogte van het bedrag, doch tevens tot incasso in het geval de gewezen huurder betaling weigert. Deze als laatste vermelde voorziening ontbrak in het oude huurrecht.

13.6 Kwalificatiegeschillen

13.6.1 De zgn. 'voorvraag' over de kwalificatie

Geschillen over de vraag omtrent de toepasselijkheid van het wettelijke regime van de overige bedrijfsruimte, het wettelijke regime van detailhandelsbedrijfsruimte dan wel het wettelijke regime van woonruimte heeft aardige jurisprudentie opgeleverd; niet alleen over de inhoudelijke wijze waarop de kwalificatie behoort te geschieden, maar tevens over de wijze waarop de kwalificatievraag processueel behandeld moet worden. De (gewezen) huurder betoogt in dergelijke kwesties, afhankelijk van het specifieke geval, toepasselijkheid van één van de wettelijke regimes van detailhandelsbedrijfsruimte of woonruimte tegenover de verhuurder die toepasselijkheid van het wettelijke regime van overige bedrijfsruimte betoogt en ook daadwerkelijk onder dit regime de huurovereenkomst heeft beëindigd. In een dergelijk geval dient de rechter, alvorens aan de inhoudelijke toepasselijkheid van artikel 7:230A BW c.q. het verlengingsverzoek en de

bijbehorende belangenafweging van lid 1 resp. lid 4 van artikel 7:230A BW toe te komen, desverzocht de huurder eerst de zgn. 'voorvraag' te stellen of de huurovereenkomst eigenlijk wel tot een einde is gekomen en zo automatisch de vraag naar het toepasselijke wettelijke regime te beantwoorden.

Onder verwijzing naar het hierboven aangegeven belang van het maken van een zorgvuldig onderscheid tussen detailhandelsbedrijfsruimte en overige bedrijfsruimte, heeft een voorvraag in een dergelijk geval welbeschouwd alleen betrekking op de kwalificatie van het betreffende object. In de praktijk speelt dit een rol indien de verhuurder van een bepaald object de ontruiming aanzegt (na de eventuele noodzakelijke voorafgaande opzegging), in de veronderstelling dat het een artikel 7:230A BW-object betreft, welk wettelijk regime vriendelijk voor de verhuurder is vanwege de voor de huurder zwakke ontruimingsbescherming. In het geval de huurder het niet met de verhuurder eens is omdat deze ervan overtuigd is dat het een detailhandelsbedrijfsruimte betreft (met een bepaald sterke opzeggingsbescherming in tegenstelling tot de zwakkere bescherming van de overige bedrijfsruimte) is deze vanwege de tweemaandentermijn van artikel 7:230A lid 1 BW en de nadelige consequenties bij schending daarvan genoopt toepasselijkheid van het bijbehorende wettelijke regime van artikel 7:290 e.v. BW te bepleiten in het kader van een verzoekschrift als bedoeld in artikel 7:230A lid 1 BW.

In de praktijk komt dat neer op een primair verzoek van de huurder zichzelf niet ontvankelijk te verklaren vanwege de omstandigheid dat onder de vigeur van een onjuist wettelijke regime de huurovereenkomst is opgezegd.[19] (Een variant hierop is een voorwaardelijk geformuleerd verlengingsverzoek, waarin de verlenging wordt verzocht onder de voorwaarde dat sprake is van de categorie overige bedrijfsruimte, hetgeen inhoudelijk op hetzelfde neerkomt.) Zekerheidshalve wordt door de huurder, voor het geval het primaire verzoek wordt afgewezen, in subsidiaire zin verlenging van de ontruimingsbescherming verzocht. Komt de rechter tot het oordeel dat niet sprake is geweest van een artikel 7:230A BW-huurovereenkomst maar van een artikel 7:290-huurovereenkomst, dan wordt deze niet ontvankelijk verklaard in diens verzoek, dan komt het subsidiaire verzoek uiteraard niet aan de orde en is de verhuurder gedwongen onder het voor deze veel bezwaarlijker regime van artikel 7:290 e.v. BW de huurovereenkomst op te zeggen.

Het is blijkens de rechtspraak in de periode 2000/2001 voorgekomen dat (enkele) kantonrechters evenwel *weigerden* de aan deze voorgelegde voorvraag te beantwoorden, omdat zij van oordeel waren dat de behandeling van een voorvraag niet in het beperkte kader van een verzoekschriftprocedure thuishoorden maar in een reguliere bodemprocedure.[20] Dit oordeel stond haaks op de heersende leer van de Hoge Raad[21] en kwam welbeschouwd neer op rechtsweigering, waardoor bovendien geen

19 Toegepast in o.a. HR 6 februari 1987, NJ 1978, 979.

20 Ktr. Amsterdam 11 april 2000, *WR* 2001, 27 en Ktr. Amsterdam 5 februari 2001, *WR* 2001, 28.

recht werd gedaan aan het belang van *beide* huurcontractspartijen rechtszekerheid te verkrijgen over het toepasselijke wettelijk regime. Bovendien was de weigering proceseconomisch onwenselijk, omdat veronachtzaamd werd dat de huurder vanuit processueel oogpunt welhaast gedwongen was de schorsingstermijn van twee maanden te benutten. Dit deed het belang van hoger beroep ontstaan, waarbij de huurder evenwel stuitte op het wettelijk appèlverbod zoals vastgelegd in het toenmalige artikel 28g lid 2 Huurwet (thans art. 7:2301A lid 8 BW).

13.6.2 **Het doorbreken van het wettelijke appèlverbod**

Artikel 7:230A lid 8 luidt als volgt:

> Tegen een beschikking krachtens dit artikel staat geen hogere voorziening open.

Dit wettelijk voorschrift dient evenwel te worden gerelativeerd onder verwijzing naar de rechtspraak van de Hoge Raad op grond waarvan onder bepaalde omstandigheden een (wettelijk) appèlverbod kan worden doorbroken. Deze omstandigheden zijn in zijn algemeenheid gelegen in het feit dat (1) de rechter ten onrechte een artikel (zoals art. 7:230A BW) heeft toegepast of ten onrechte buiten toepassing heeft verklaard, (2) de rechter buiten het toepassingsbereik van artikel 7:230A BW is getreden, dan wel (3) de rechter in diens beslissing of in de wijze waarop deze tot stand is gekomen, fundamentele rechtsbeginselen heeft geschonden.[22]

Op grond van de betrekkelijk soepele manier van rechtspreken van de Hoge Raad, waarop naar zijn oordeel appèlverboden kunnen worden doorbroken indien sprake is van voorvragen zoals de onderhavige, kunnen huurders in een dergelijke situatie daarvan gebruikmaken en het appèlverbod, zoals thans vastgelegd in het nieuwe artikel 7:230A lid 8 BW, doorbreken en in hoger beroep alsnog hun gelijk trachten te halen.[23] Overigens zijn kantonrechters sedert een treffend artikel van Nauta en Duijnstee-van Imhoff in een uitgave van Woonrecht in het voorjaar van 2001[24] over dit onderwerp opmerkelijk bereidwilliger dergelijke voorvragen te beantwoorden, zodat de behoefte aan appèl wegens het weigeren van een kantonrechter een voorvraag te beantwoorden tot het verleden lijkt te behoren. De wijze waarop een voorvraag behoort te worden behandeld komt hieronder in paragraaf 13.6.3 aan de orde.

---

21 HR 30 oktober 1998, *NJ* 1999, 83; HR 10 september 1999, *NJ* 1999, 735 en HR 31 maart 2000, *NJ* 2000, 497.

22 HR 17 mei 1974, *NJ* 1975, 238; HR 26 november 1993, *NJ* 1994, 124; Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, *WR* 1999, 69; HR 15 mei 1998, *NJ* 1999, 672 en HR 14 juli 2000, *NJ* 2000, 715.

23 Zie voor een voorbeeld van een geslaagde doorbraak van het appèlverbod an sich: Gerechtshof Amsterdam 20 februari 2003, *NJ*-kort 2003, 41.

24 Nauta en Duijnstee-van Imhoff, 'Procedurele ontwikkelingen in 28d Hw-procedure?', *Woonrecht* 2001, 4, p. 93 t/m p. 99.

13.6.3 De leer van de Hoge Raad bij kwalificatiegeschillen

Zoals bovenstaand is aangeduid kunnen kwalificatiegeschillen ontstaan bij verschil van mening over de al of niet toepasselijkheid van overige bedrijfsruimte (art. 7:230A BW), detailhandelsbedrijfsruimte (art. 7:290 BW t/m art.7:310 BW) of woonruimte (art. 7:232 BW t/m art. 7:282 BW). Dergelijke geschillen betreffen in de praktijk objecten welke voorshands niet duidelijk in één bepaalde categorie vallen: de zgn. grensgevallen. Elk grensgeval wordt op een andere wijze gekwalificeerd.[25] In de praktijk zijn de grensgevallen veelal geschillen waarin bijvoorbeeld een tandartsenpraktijk tezamen met een woning is verhuurd,[26] een timmermanswerkplaats annex woonruimte,[27] een als opslag gebruikt tuinhuisje bij een woning[28] of een aan een kunstenaar verhuurd appartement die er niet alleen werkt maar ook woont.[29] Dergelijke kwalificatiegeschillen hebben doorgaans één gemeenschappelijke factor: de verhuurder heeft de ontruiming aangezegd (en eventueel de huur opgezegd) onder de vigeur van artikel 7:230A BW, hetgeen de huurder noodzakelijkerwijs ertoe brengt de kwalificatiekwestie op te werpen in de hierboven beschreven vorm van een (primair) niet-ontvankelijkheidsverweer. Naast de hierboven in paragraaf 13.6 behandelde formele gang van zaken waarop de huurder de kwalificatie van het object aan de orde stelt, is van belang de wijze waarop de rechter de kwalificatievraag inhoudelijk beantwoordt. Ik volsta op dit punt naar hetgeen daarover in hoofdstuk 6 wordt uiteengezet en meer in het bijzonder naar de aldaar aangehaalde kwalificatievoorbeelden

13.7 Flexibiliteit

De wettelijke regeling van art. 7:230A BW heeft een open karakter, in tegenstelling tot de wettelijke regeling met betrekking tot de categorie detailhandelsruimte. De regeling is daarmee intrinsiek flexibel. Niettemin zijn in de praktijk de huurovereenkomsten doorgaans uitdrukkelijk geënt op de stam van art. 7:290 lid 2 BW e.v. Daarmee heeft die regeling een sterke reflexwerking op de categorie 'overige bedrijfsruimte'. Het gevolg hiervan is dat de intrinsieke flexibiliteit goeddeels wordt weggegeven, terwijl daartoe geen enkele juridische noodzaak bestaat. Van belang is dat deze flexibiliteit twee kanten heeft. Wat de huurprijs betreft bestaat optimale contractsvrijheid; de wijze waarop de huurprijs aan aanpassing onderhevig is, wordt volledig bepaald door de tekst van de overeenkomst en de bijbehorende algemene bepalingen. Wat de huurbeëindigingsregeling betreft bestaat optimale flexibiliteit voor de verhuurder: de ontruimingsregeling biedt de huurder nauwelijks enige bescherming.

---

25 Voor een aardige (zij het niet geheel volledige) globale inventarisatie van de onderscheidene grenskwesties verwijs ik naar de Conclusie van A-G Langemeijer vóór HR 3 oktober 2003, *NJ* 2003, 729/*WR* 2003, 78.

26 HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 215.

27 Rb. Amsterdam 4 april 2000, *WR* 2001, 48.

28 Rb. Amsterdam 25 april 2001, *WR* 2001, 57.

29 Rb. Amsterdam 6 maart 2002, *WR* 2002, 40.

Wat dit laatste onderdeel betreft leidt het open karakter van art. 7:230A BW tot kleurrijke jurisprudentie van huurders die pogen te worden gekwalificeerd als huurders van de art. 7:290 lid 2 BW-categorie. Daaruit kan worden afgeleid dat in sommige gevallen, afhankelijk per geval, juist behóefte bestaat aan de hiermee samenhangende huur-(prijs)bescherming. Zoals in paragraaf 7.5 reeds is uiteengezet is een tendens waarneembaar dat bij kwalificatiegeschillen een zorgvuldiger toetsing plaatsvindt. Om te komen tot een art. 7:290 lid 2-kwalificatie vindt blijkens de rechtspraak anno 2005 een volle toetsing plaats. Alle omstandigheden worden zorgvuldig bestudeerd en gewogen. Omzet- en oppervlakteverhoudingen, contractuele bestemming, de aard van de onderneming in relatie tot de aanvankelijke bedoeling van de termijnbescherming leiden tot een meer zwaardere en serieuze toetsing van kwalificatiekwesties, hetgeen recht doet aan de bedoeling van de wetgever.

14 Conclusies

14.1 Flexibiliteit

De nieuwe wettelijke regeling voor het huurrecht bedrijfsruimte komt onvoldoende tegemoet aan de behoefte aan flexibiliteit. Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat de aandacht van de wetgever op woonruimte gericht is geweest. Bedrijfsruimte heeft nauwelijks enige aandacht gekregen, met als gevolg dat met name op dit onderdeel de nieuwe wet op essentiële punten niet doordacht is, hetgeen niet in de laatste plaats blijkt uit de onderstaand gesignaleerde wettechnische onvolkomenheden (zie paragraaf 14.4), de stille getuigen van slordig voorbereide wetgeving.

De analyse van de nieuwe wet, de uitgevoerde rechtsvergelijkende studies en de bevindingen naar aanleiding van het onderzoek naar flexibiliteit overziend stel ik vast dat het te betreuren is dat geen debat is gevoerd over de 40 jaar oude principiële uitgangspunten van het huurrecht bedrijfsruimte en een eventuele herijking ten opzichte daarvan. Ik vind dat een gemiste kans, omdat voor een grondige heroverweging op dit punt niet alleen vanwege de sterk toegenomen marktwerking en welvaart maar ook vanwege de sterk afgenomen schaarste alle reden bestaat. Bovendien kennen België, Frankrijk en Zwitserland in zijn algemeenheid een liberaler en dus flexibeler wettelijk huurrecht bedrijfsruimte dat op meerdere onderdelen tot inspiratie kan dienen. Vooral het unieke Zwitserse geïntegreerde huurrechtelijk stelsel, waarin geen onderscheid bestaat in categorieën bedrijfsruimte, leidt naar mijn overtuiging tot de vaststelling dat het huidige Nederlandse wettelijk stelsel aangaande huurrecht bedrijfsruimte in de huidige opzet maar beter kan worden afgeschaft en, onder het schrappen van de aloude indeling in categorieën, opnieuw moet worden opgetuigd. Het door mij beoogde debat over een dergelijke principiële herijking dient naar mijn mening alsnog te worden gevoerd. Hiertoe zou bijvoorbeeld eerst de Staatssecretaris van Economische Zaken een Adviescommissie in het leven dienen te roepen die niet alleen een voorstel zou moeten doen teneinde de wettechnische onvolkomenheden weg te werken doch tevens een nieuw wettelijk stelsel voor het huurrecht bedrijfsruimte zou moeten ontwikkelen waarna een debat over een algehele herziening van het wettelijk huurrecht bedrijfsruimte in de Tweede Kamer kan worden gevoerd.

Als schot voor de boeg kan het navolgende dienen.

Het lijkt lovenswaardig dat de wetgever zich blijft bekommeren om het vinden van een werkbare balans tussen verhuurder en huurder. Maar het is, onder verwijzing naar bijvoorbeeld de introductie van het semi-dwingend huurrecht, de vraag in hoeverre

de wetgever zich op deze wijze moet blijven bemoeien met het ingrijpen in marktgevoelige verhoudingen. Het betreft hier vooral de positie van de huurder van bedrijfsruimte. Deze is tegenwoordig niet meer zo zwak dat deze te allen tijde bescherming verdient. Bovendien kan de bescherming voor hém in zijn nadeel uitpakken. Daarbij past een terugtredende overheid die zich nog slechts bemoeit met het strikt noodzakelijke en de rest op zorgvuldig gereguleerde wijze aan partijen en de rechter overlaat. Dat geldt niet alleen vanuit het perspectief van de huurder. Ook de verhuurder wordt beknot in de benodigde flexibiliteit, bijvoorbeeld op het punt van de termijnbescherming en de omzethuur.

In de nieuwe wet staat nog steeds voorop het achterhaalde principe van de investerings- en termijnbescherming, gekoppeld aan de aloude termijnen van vijf plus vijf jaar. De introductie van semi-dwingend recht zou in de kennelijke visie van de wetgever tot gerechtvaardigde afwijkingsmogelijkheden moeten leiden. Ik heb tegen het huidige semi-dwingend huurrecht bezwaren omdat daarbij een dogmatische grondslag ontbreekt. Tevens werkt het rechtsonzekerheid en innerlijke tegenstrijdigheden in de hand. Het voordeel van huurders bij semi-dwingend recht kan in het kader van de huidige wetgeving slechts worden geconcretiseerd indien de huurovereenkomst daarin voorziet, dus bij het aangaan van de huur. Op dat moment is, hoezeer sterker de positie van de huurder in zijn algemeenheid ook moge zijn geworden, zijn onderhandelingspositie bepalend. Deze kan zwak of sterk zijn, afhankelijk van de marktverhoudingen op dat moment. Maar wat te doen indien na het aangaan van de huur zich onvoorziene omstandigheden voordoen? De huurder staat in zo'n situatie bepaald zwak omdat de rechter zich doorgaans zeer terughoudend opstelt. In deze situatie heeft de wetgever niet voorzien. Bovendien is de afwijkingsmogelijkheid van dwingend recht niet per onderwerp nader gereguleerd, hetgeen in het wettelijk huurrecht van België, Frankrijk en Zwitserland uitdrukkelijk anders (en zorgvuldiger) is geregeld, bijvoorbeeld aangaande indeplaatsstelling en onderhuur. Nader principieel debat gericht op een ander wettelijk stelsel moet ook op dit principiële punt uitkomst bieden.

Zoals hierboven al is aangegeven zijn de criteria voor de categorie detailhandelsbedrijfsruimte zoals thans vastgelegd in art. 7:290 lid 2 BW anno 2005 verouderd en is het principe van de afgrenzing met de art 7:230A-categorie volledig achterhaald. In Zwitserland blijkt een geïntegreerd systeem uitstekend te kunnen functioneren. Het voordeel van de afschaffing van het achterhaalde onderscheid is dat de overwegend op feiten gebaseerde stroom kwalificatiegeschillen wordt gestopt. In combinatie met een op de Franse leest geschoeide ontkoppeling ten opzichte van het commune huurrecht kan aldus tot aan algeheel nieuw geïntegreerd wettelijk stelsel worden gekomen, ontworteld van de Code Civil-grondslag en gespeend van ideeën en overwegingen die voornamelijk bij woonruimte een rol spelen.

In het door mij beoogde nieuwe wettelijke geïntegreerde systeem voor huurrecht bedrijfsruimte dienen enerzijds de behoefte aan bescherming en anderzijds zorgvuldig gereguleerde afwijkingen van dwingend recht de uitgangspunten zijn. Dit biedt zowel

rechtszekerheid als flexibiliteit. De wettelijke onderhuur- en indeplaatsstellingsregelingen van België, Frankrijk en Zwitserland kunnen hiertoe tot voorbeeld dienen. Aldus kunnen rechtszekerheid en flexibiliteit in een geheel nieuwe omgeving op een juiste wijze worden gecombineerd.

De behoefte aan meer flexibiliteit is, zoals gezegd, in de nieuwe wet nauwelijks tot uitdrukking gebracht. Huurbeëindiging vanwege een noodzakelijke renovatie van een pand voor een verhuurder is nagenoeg onmogelijk geworden, waardoor een onrendabele huurder niet kan worden vervangen door een huurder die bereid is de markthuurprijs te betalen. Als gevolg hiervan blijft de ontwikkeling van oude stadskernen c.q. de daarin gelegen winkelgebieden achter. Maar daarbij blijft het niet. Ingeval voor een huurder een onvoorziene tussentijdse aanpassing van een huurovereenkomst noodzakelijk is, wordt deze in het juist voor hem opgehangen vangnet van de huurbescherming opgesloten. Bovendien is een tussen partijen afgesproken huurprijs die geheel of gedeeltelijk afhankelijk is van de door de huurder gerealiseerde omzet onderhevig aan nadere huurprijsvaststelling, waardoor de essentie van de huurovereenkomst na ommekomst van de eerste huurperiode volledig wordt ondergraven. Een en ander kan in de huidige tijd, waarin marktwerking steeds meer aanvaard is, vanuit maatschappelijk oogpunt in redelijkheid niet de bedoeling zijn.

Wat de onderhuurregeling betreft is het opmerkelijk dat de wettelijke regelingen dienaangaande in België, Frankrijk en Zwitserland van het begrijpelijke principe uitgaan dat de verhuurder zijn zegje wil doen, terwijl de Nederlandse wetgever heeft bepaald dat de verhuurder geen belang heeft bij de identiteit van de onderhuurder. Ik acht dit een onjuist uitgangspunt en een regeling zoals in voormelde landen, die voorziet in een korte en snelle rechtsgang waarbij de huurder alsnog toestemming kan verkrijgen en waarbij het belang van de verhuurder uitdrukkelijk wordt meegewogen, verdient dan ook de voorkeur boven de huidige regeling die, zoals vastgelegd in art. 7:221 BW, niet op de praktijk is toegerust.

Nederland is naar mijn mening rijp voor een brede invoering van de omzethuur. Het stimuleert de ondernemingszin van de verhuurder en bevordert de marktwerking. Frankrijk dient hiertoe tot inspiratie, alwaar dit leerstuk sedert 1993 breed wordt toegepast. In concrete zin dient daartoe aan art. 7:303 BW een vijfde lid te worden toegevoegd waarin is opgenomen dat omzethuur onttrokken is aan nadere huurprijsvaststelling. Aldus kan de vrije keuze aan huurcontractspartijen worden gelaten de gehele huurprijs of een gedeelte daarvan van de gerealiseerde omzet afhankelijk te stellen en daarmee de nadere huurprijsvaststellingssystematiek te ecarteren. Eenzelfde marktwerking zien we ook bij de nadere huurprijsvaststellingscriteria in België, Frankrijk en Zwitserland, welke liberale regimes doen beseffen dat Nederland ook op dit punt een onwenselijk starre uitzonderingspositie inneemt.

14.2 Verdere suggesties voor flexibiliteit

Voor toepassing van flexibiliteit buiten het wettelijke huurrecht, kunnen enkele concrete suggesties worden gedaan. Zo dient een huurder die zich met onvoorziene omstandigheden geconfronteerd ziet die aanpassing van de huurvoorwaarden kunnen rechtvaardigen, zélf het initiatief te nemen en een vordering in te stellen tot wijziging van de huurovereenkomst. De terughoudende toepassing door de rechter van het leerstuk der onvoorziene omstandigheden lijkt onlosmakelijk te zijn verbonden met het feit dat dit leerstuk doorgaans slechts als verweer in een tegen de huurder gerichte huurincasso-, ontbindings- en ontruimingsprocedure wordt gebruikt. In een dergelijke positie heeft de huurder de schijn tegen. Dit laatste dient de huurder te voorkomen, zodat een principiële opening in de rechtspraak kan worden gevonden, waarbij het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden minder terughoudend wordt toegepast.

Bovendien zijn zowel publiekrechtelijke uitgifte in huur als de commanditaire vennootschap beproefde leerstukken die buiten het huurrecht liggen. Met deze fenomenen kan schier volledige contractsvrijheid worden verkregen. Het semi-dwingendrechtelijke huurrecht blijft met één en ander geheel buiten toepassing, hetgeen vooral de verhuurder de benodigde flexibiliteit kan opleveren. Beide leerstukken verdienen toepassing, juist omdat het huurrecht zélf partijen onvoldoende flexibiliteit biedt.

14.3 Suggesties voor verder debat

Op een aantal andere onderdelen van de huidige wet is van belang dat het door mij beoogde nieuwe wettelijk stelsel in elk geval voorziet in het opheffen van enkele storende knelpunten waarvan thans nog sprake is.

Op het onderdeel van de complexgewijze renovaties verdient het 70%-criterium in art. 7:220 lid 3 BW een serieuze heroverweging. Zoals de tekst nu luidt wordt een renovatievoorstel van de verhuurde vermoed redelijk te zijn indien 70% van de huurders van een groter winkel- en of kantorencomplex daarmee instemmen. Dit kan tot onbillijkheden leiden indien één of slechts enkele huurders het overgrote deel van het complex bezetten. Beter zou zijn het aantal huurders door het aantal m²'s zou worden vervangen. Numeriek overwicht gemeten in m²'s is rechtvaardiger dan numeriek overwicht gemeten in aantal huurders.

Ten aanzien van de Zelf Aangebrachte Voorzieningen (art. 7:215 lid 1 BW) dient een wettelijke begrenzing te worden geformuleerd die ertoe strekt dat een in een bedrijfsruimte gerealiseerde 'ZAV' niet tot een substantiële wijziging van de omvang van het gehuurde en de direct daarmee samenhangende huurprijs per m² mag leiden. Deze begrenzing zou erin kunnen bestaat dat een dergelijke wijziging als direct gevolg van een 'ZAV' tot slechts 5% toelaatbaar is te achten. Op deze wijze wordt voorkomen dat het door middel van een 'ZAV' ontsluiten van een (ondersteunend) gedeelte van het gehuurde (met een aanzienlijk lagere huurprijs per m²) tot een sterke wijziging van de

huurprijs per m² van het gehéél (ten gunste van de huurder) leidt, welk huurverlaging per m² mij niet gerechtvaardigd voorkomt.

Voorts pleit ik op het punt van de eventuele aanwezigheid van (met name immateriële) gebreken in/aan een bedrijfsobject voor een implementatie van de op de Franse leest geschoeide uithoorplicht. Een dergelijke verplichting, toegespitst op de verhuurder bij het aangaan van de huur, strekt ertoe de huurder uit te horen over de door deze beoogde specifieke bedrijfsvoering in het object teneinde volledig aan zijn mededelingsplicht jegens de huurder te kunnen voldoen aangaande eventueel aanwezige immateriële en derhalve niet-zichtbare gebreken. Bijvoorbeeld in het geval van een aan een erfdienstbaarheid gekoppelde vluchtroute die dwars door het gehuurde loopt en te allen tijde moet worden vrijgehouden met als gevolg daarvan een verminderd gebruik van het pand indien het object op een bepaalde wijze wordt aangewend, zou sprake moeten zijn van een aan de verhuurder toerekenbaar gebrek indien deze zijn uithoorplicht heeft geschonden.

In verband met de gebrekenregeling pleit ik voorts voor een verplichting van de huurder om voorafgaand aan het zelf verhelpen van gebreken de verhuurder in kennis te stellen van twee objectieve offertes teneinde onoordeelkundig herstel en niet gerechtvaardigde verrekening met huurpenningen te voorkomen.

Bovendien pleit ik voor een beperking van de bevoegdheid tot onderverhuur tot de eerste onderverhuurrelatie. Verdere en ongebreidelde onderverhuur leidt tot tal van complicaties waarvan ik mij afvraag of de wetgever deze wel heeft voorzien.

14.4 Wettechnische opmerkingen

In de nieuwe wet bevinden zich een aantal storende fouten. Zo ontbreekt de bevoegdheid van de kantonrechter in de verzoekschriftprocedures van art. 7:230A en 7:291 lid 2 BW, in tegenstelling tot de evidente bedoeling van de wetgever. Bij de eerstvolgende wetswijziging moet dit worden gerepareerd.

Daarnaast ontbreekt in art. 7:230A BW een anticumulatieregeling die de afgrenzing van deze (volumineuze) categorie objecten met huurkoop regelt. Bij de inwerkingtreding van een nieuwe huurkoopwet zal daarin een op bedrijfsruimten gerichte anticumulatiebepaling moeten worden opgenomen die specifiek ziet op de titel van voorgezet gebruik na een niet geconsumeerde c.q. ontbonden huurkoopovereenkomst. Nu de in 2004 ingetrokken huurkoopwetgeving opnieuw moet worden ontwikkeld, bestaat, teneinde tot een naar categorie bedrijfsruimte gedifferentieerde anticumulatieregeling te komen, een uitgelezen (nieuwe) kans de afgrenzing ook op een inhoudelijk betere wijze vorm te geven.

Voorts is art. 7:230A BW onlogisch geplaatst, namelijk als sluitstuk van de algemene bepalingen. De categorie 'overige bedrijfsruimte' had een vanuit wetssystematisch

opzicht logischer plaats gekregen als art. 7:311 in een aparte afdeling 7, direct volgend op afdeling 6 (de afdeling van de categorie detailhandelsbedrijfsruimte). Deze situering zou recht doen aan de wetssystematische nevengeschikte verhouding tussen de twee categorieën bedrijfsruimten.

Ten slotte doorkruist het in het procesrecht verankerde recht van contra-enquête (art. 200 Rv.) de huurrechtelijke regeling van het voorafgaande deskundigenonderzoek bij nadere huurprijsvaststellingsprocedures (art. 7:304 BW). Ook deze omissie verdient een aanpassing en wel in die zin dat art. 200 Rv. in art. 7:304 BW buiten werking wordt gesteld.

Samenvatting

Algemene Inleiding

Op 1 augustus 2003 is het nieuwe huurrecht in werking getreden. Naast de gewijzigde algemene bepalingen en de gewijzigde regeling voor het huurrecht van woonruimte is ook het specifieke huurrecht van bedrijfsruimte herzien. Na vele jaren van debat is het huurrecht geïntegreerd en in gesystematiseerde vorm definitief ingebed in titel 7.4 BW. In dit boek wordt de nieuwe regelgeving beschreven, kritisch geanalyseerd en getoetst op praktische toepasbaarheid. Aanvankelijk bestond de algemene indruk dat er weinig was veranderd ten opzichte van het oude huurrecht bedrijfsruimte. Deze studie maakt duidelijk dat er wel degelijk heel wat veranderd is. De nieuwe wet wordt daartoe ontleed en becommentarieerd tegen de achtergrond van Parlementaire Geschiedenis en de relevante jurisprudentie.

Omdat op het gebied van verhuurd commercieel vastgoed de laatste jaren de marktontwikkelingen in een steeds sneller tempo voortschrijden, wordt in dit boek de nieuwe huurregelgeving tevens getoetst op de toegenomen behoefte aan flexibiliteit. Ook wordt op de meest essentiële onderdelen van het nieuwe huurrecht bedrijfsruimte een grondige rechtsvergelijkende uitstap gemaakt naar België, Frankrijk en Zwitserland.

Een systematische oriëntatie (hoofdstuk 1)

Bij de uitzetting van de koers van dit boek is de inbedding en de aard van de nieuwe huurwetgeving van belang. Met name door de nieuwe inbedding in de gelaagde structuur van het BW komt het algemene verbintenissenrecht en het vermogensrecht pregnant in beeld.

De nieuwe semi-dwingendrechtelijke aard van het wettelijk huurrecht detailhandelsbedrijfsruimte (afd. 7.4.6 BW) betreft de mogelijkheid niet ten nadele van de huurder van de wettelijke bepalingen af te wijken. Het huidige semi-dwingend recht ontbeert echter een dogmatische grondslag en leidt om meerdere redenen tot rechtsonzekerheid. Over het semi-dwingende karakter van het wettelijk huurrecht van afdeling 7.4.6 BW moet daarom – alsnog – een principieel debat worden gevoerd, waarbij de bevindingen van de rechtsvergelijkende studie tot inspiratie kunnen dienen, om te komen tot een nieuw wettelijk stelsel.

De aloude wettelijk verankerde kenmerken van het huurbegrip zijn in het nieuwe huurrecht teruggekeerd, behoudens het vereiste van een 'bepaalde duur'. Indien 'huur' samengaat met partij-afspraken die op andere rechtsgebieden thuishoren, is sprake van een gemengde overeenkomst. De wettelijk verankerde 'cumulatieleer' bewerkstelligt dat in beginsel meerdere wettelijke regelingen naast elkaar van toepassing zijn, behoudens, kort gezegd, bij onverenigbaarheid ervan. Voor gemengde huurovereenkomsten gelden andere, in de jurisprudentie ontwikkelde criteria, waarbij de overheersendheid een belangrijke rol speelt. Voor een combinatie van een detailhandelsbedrijfsruimte met een afhankelijke woning bepaalt de wet dat het geheel onder de bescherming van de regeling aangaande detailhandelsbedrijfsruimte valt.

In Nederland gaat de schaalvergroting in het midden- en kleinbedrijf gepaard met een toename van franchiseorganisaties. Indien een franchiseovereenkomst wordt gecombineerd met een huurovereenkomst kunnen zich met name bij het einde van één van beide overeenkomsten problemen voordoen. In dit hoofdstuk wordt tevens ingegaan op de problemen die zich hierbij kunnen voordoen.

Een historische oriëntatie (hoofdstuk 2)

In dit hoofdstuk wordt beschreven waarin het huidige wettelijke huurrecht bedrijfsruimte is geworteld. Ingegaan wordt op de naoorlogse periode van wederopbouw en schaarste. In die periode bestond er een sterk politiek streven het handelsverkeer c.q. het verrichten van investeringen te bespoedigen. Uit de te onderscheiden wetswijzigingen blijkt dat de inzichten weliswaar op onderdelen zijn gewijzigd, doch dat de investeringsbescherming onverkort aan de wetgeving ten grondslag is blijven liggen.

Een rechtsvergelijkende oriëntatie (hoofdstuk 3)

Investeringsbescherming ligt ook in België, Frankrijk en Zwitserland ten grondslag aan de huurwetgeving van bedrijfsruimte. Het aldaar breed doorgevoerde overwegend dwingend recht is nimmer dogmatisch bekritiseerd en is derhalve nimmer veranderd in formeel semi-dwingend recht. De reden daarvan is dat semi-dwingend recht in deze landen beter is geregeld: per onderwerp is de afwijkingsmogelijkheid nauwkeurig gereguleerd. De bepalingen die van oudsher van semi-dwingend recht zijn, zoals de Belgische, Franse en Zwitserse indeplaatsstellings- en onderhuurregelingen, geven aan op welke wijze het Nederlandse semi-dwingend huurrecht bedrijfsruimte op een andere en vooral betere wijze wettelijk kan worden geregeld. Deze verbetering is wenselijk omdat deze de rechtszekerheid bevordert.

Varianten op huur en verhuur van bedrijfsruimte (hoofdstuk 4)

Als belangrijke huurvariant komt in dit boek als eerste aan de orde de leaseovereenkomst. Niet alleen worden de huurrechtelijke complicaties van het leerstuk 'operationele lease' behandeld. Ook worden complicaties in verband met huurkoop, hetgeen

'zuivere' financiële lease is, aan de orde gesteld. Op het punt van de afgrenzing met huur wordt een belangrijke wettechnische onvolkomenheid blootgelegd. Het is opmerkelijk, dat gelijk als in het huurrecht bedrijfsruimte, ook in het wetgevingsproces op weg naar een nieuwe huurkoopregeling, de wetgever moeite heeft met het vinden van een werkbare balans tussen huurkoper en huurverkoper waarbij de behoefte aan flexibiliteit een belangrijke rol speelt.

Interessant zijn de varianten die buiten het huurrecht zijn gelegen: de zgn. 'publiekrechtelijke uitgifte in huur' en de 'commanditaire vennootschap'. Deze in het publiekrecht resp. vennootschapsrecht gelegen varianten blijken een beproefde methode om de semi-dwingendrechtelijke huurregelgeving te ontwijken. Ook België, Frankrijk en Zwitserland kennen de publiekrechtelijke variant. De CV kan in elk geval ook in België in een iets andere formele vorm als ontwijkingsvariant worden aangewend. Beide fenomenen kunnen met name ten behoeve de verhuurder zorgen voor de benodigde flexibiliteit daar waar het semi-dwingendrechtelijke huurrecht bedrijfsruimte deze niet biedt.

De staat van het gehuurde (hoofdstuk 5)

Naast de verplichting tot het ter beschikking stellen van het gehuurde, wordt ruim aandacht besteed aan de nieuwe gebrekenregeling. Ingegaan wordt op de specifieke ruime definiëring van het begrip 'gebrek' in het huurrecht bedrijfsruimte en de acties van de huurder ter effectuering van zijn rechten. In dit verband wordt de in de Belgische en Franse jurisprudentie ontwikkelde 'uithoorplicht' behandeld, die ertoe kan bijdragen immateriële gebreken van bedrijfsobjecten tijdig boven water te krijgen. Ook wordt uiteengezet dat in het huurrecht bedrijfsruimte enerzijds flexibiliteit bestaat in de vorm van de mogelijkheid het begrip 'gebrek' te herdefiniëren. Anderzijds wordt de nieuwe regeling op praktische bruikbaarheid getoetst. Aangegeven wordt op welke onderdelen de regeling verbetering behoeft. Daarnaast wordt de nieuwe renovatieregeling besproken en afgezet tegen de gedoogplicht van de huurder van dringende werkzaamheden. Ook de nieuwe onderverhuurregeling wordt aan een kritisch oog onderworpen, waarbij wordt ingegaan op de betere wettelijke onderhuurregelingen in België, Frankrijk en Zwitserland. Ook de situatie aan het einde van de huurovereenkomst passeert de revue. Gezien de omkering van de bewijslast inzake de opleveringsplicht aan het einde van de huur (de huurder wordt vermoed het gehuurde in goede staat te hebben ontvangen; de verhuurder moet het tegendeel daarvan bewijzen), wordt ingegaan op de complicaties dienaangaande. Tevens wordt ingegaan op de aansprakelijkheid van de huurder voor schade in het gehuurde die tijdens de huurovereenkomst is ontstaan. Daarbij wordt tevens aandacht besteedt aan de onbillijke bewijspositie van de huurder op dit onderdeel die geconfronteerd wordt met bodemverontreiniging die reeds voorafgaand aan de aanvang van de huurovereenkomst bestond.

De twee categorieën bedrijfsruimte (hoofdstuk 6)

De te beschermen huurder in de detailhandelsbranche wordt in het huurrecht bedrijfsruimte als hoofdcategorie beschouwd en dient te worden onderscheiden van de minder bescherming verdienende huurder van de (rest)categorie: de 'overige bedrijfsruimte', waaronder begrepen kantoren, fabrieken, loodsen e.d. Beide categorieën komen in dit hoofdstuk aan de orde. De eerste categorie geniet een hoge mate van huur(prijs)- bescherming, welke bescherming de huurder in de andere categorie moet ontberen. Met name in het gebied tussen de twee categorieën bestaan veel twijfelgevallen die tot de zgn. 'kwalificatiegeschillen' leiden. In dit hoofdstuk wordt ruim aandacht besteed aan de stroom jurisprudentie die hieruit sedert 1970 is voortgevloeid en worden veel voorbeelden gegeven van deze kwalificatiegeschillen. De jurisprudentie wordt aan een kritisch oog onderworpen, vooral tegen de achtergrond van de parlementaire geschiedenis en het debat in de literatuur, waaruit blijkt dat de jurisprudentie aangaande grensgevallen ver is afgedreven van de aanvankelijke bedoeling van de wetgever anno 1970. Daarom wordt betoogd dat een principieel debat wenselijk is waarin de aloude art. 7:290 lid 2 BW-criteria worden herijkt op basis van een nieuw te formuleren dogmatiek. Tezamen met diverse andere (deels wettechnische) onvolkomenheden wordt een lans gebroken om te komen tot een principieel debat over een, ook op dit punt, algeheel nieuw stelsel van het wettelijk huurrecht bedrijfsruimte.

Termijnbescherming (hoofdstuk 7)

In dit hoofdstuk staat centraal het aloude inzicht dat in de detailhandelsbranche het investeringsniveau hoger ligt indien de ondernemer/huurder ervan verzekerd is dat deze de investeringen op een bepaalde locatie kan afschrijven en aldaar goodwill kan opbouwen. Dit inzicht is uitgemond in huurbescherming en huurprijsbescherming. Het in de naoorlogse periode ontstane ijkpunt van deze termijnbescherming (5 plus 5 jaar) is sedertdien onveranderd gebleven. In het kader naar het onderzoek naar flexibiliteit wordt dit ijkpunt ter discussie gesteld. Een rechtsvergelijkende beschouwing met België en Frankrijk leert dat aldaar van meer flexibiliteit sprake is via het gehanteerde '3-6-9-(12)-systeem'. In deze landen bestaat meer tussentijdse beëindigingsmomenten dan in Nederland, waar anno 2005 in beginsel nog steeds het '5+5-syteem' geldt. In dit hoofdstuk worden de complicaties bij toepassing van het leerstuk der 'onvoorziene omstandigheden' aan de orde gesteld als methode het soms onbillijke 5+5-systeem te doorbreken.

Beëindiging na opzegging (hoofdstuk 8)

In dit hoofdstuk wordt de nieuwe opzeggings- en beëindigingsregeling behandeld. De huurbeëindigingsregeling heeft op bepaalde onderdelen een betrekkelijk ingrijpende wijziging ondergaan. Van belang is vooral dat de opzegging wegens grootscheepse renovatieprojecten op een eerder moment in de huurovereenkomst mogelijk is geworden, namelijk reeds na vijf jaar (in het oude huurrecht kon dit eerst na tien jaar).

Dit voordeel voor de huurder wordt aan het einde van dit hoofdstuk afgezet tegen de inhoudelijk zwaardere toetsing, waarbij een balans wordt opgemaakt.

Daarnaast is van belang dat het wettelijk vastgelegde vangnet voor de verhuurder indien de opzeggingsgronden deze geen soelaas bieden, de zgn. 'belangenafweging', een subtiele doch niet te veronachtzamen inhoudelijke wijziging heeft ondergaan. Aan de aloude imperatieve afwegingsgrond is een niet-imperatieve toewijzingsgrond toegevoegd, met als gevolg een meer open belangenafweging, waardoor er meer ruimte is gekomen voor het zorgvuldiger afwegen van de belangen van de huurder.

Tussentijdse huurbeëindiging (hoofdstuk 9)

In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op reeds in hoofdstuk 7 aangestipte mogelijkheden een huurovereenkomst tussentijds te beëindigen. Naast de beëindigingsovereenkomst wordt ingegaan op de beëindigingsmogelijkheid nadat de huurder is overleden. Met name wordt daarbij aandacht besteedt aan de door de erfgenamen in te roepen 'exceptie van beraad'. Voorts komt de huurontbinding wegens wanprestatie aan de orde, waarbij nadrukkelijk de invloed van het algemene verbintenissenrecht zich doet gevoelen. Ook de huurontbinding bij sluiting van een object ter bestrijding van drugsoverlast passeert als nieuw fenomeen in het huurrecht de revue. Ten slotte wordt aandacht besteed aan de positie van de huurder die in staat van faillissement verkeert en de mogelijkheid van de curator een andere ondernemer/huurder in zijn plaats te doen stellen.

Indeplaatsstelling (hoofdstuk 10)

Indeplaatsstelling stelt de huurder die zijn onderneming, bijvoorbeeld in het zicht van zijn pensioen, wil verkopen, in staat een ander in zijn plaats te doen stellen. Bewilligt de verhuurder daarin niet, dan kan de stap naar de rechter worden gezet. In tegenstelling tot in het oude huurrecht vindt in het nieuwe huurrecht een veel intensievere toetsing door de rechter plaats. De belangen over en weer dienen zorgvuldig tegen elkaar te worden afgewogen. Het leerstuk van de indeplaatsstelling is niet van semi-dwingend recht doch van dwingend recht en behoort de huurder naar het inzicht van de wetgever derhalve optimale flexibiliteit te bieden teneinde de waarde van zijn huurovereenkomst en daarmee de waarde van de onderneming te verzilveren. In dit hoofdstuk wordt tevens uiteengezet dat deze flexibiliteit enigszins beteugeld vanwege de onbeperkte toetsingsrol die de wetgever de rechter heeft toebedeeld. Een rechtsvergelijkende uitstap naar België, Frankrijk en Zwitserland leert ons op welke wijze in Nederland tot een betere wettelijke regeling kan worden gekomen.

Nadere huurprijsvaststelling (hoofdstuk 11)

Inhoudelijk is de nadere huurprijsvaststellingsregeling in het nieuwe huurrecht vrijwel onveranderd gebleven. Van belang is dat de wetgever in het nieuwe huurrecht een

ontvankelijkheidseis heeft geïntroduceerd. Deze strekt tot voorafgaand overleg van partijen c.q. het opstellen van een taxatierapport in onderling overleg. Eerst met een in gezamenlijk overleg opgesteld taxatierapport in de hand is de eisende partij ontvankelijk in een vordering tot nadere huurprijsvaststelling. Indien overleg tot niets leidt kan de kantonrechter een deskundige benoemen. De wetgever heeft met de nieuwe regeling beoogd langlopende procedures en externe adviseringstrajecten te bekorten. Ook dit onderwerp wordt kritisch behandeld, waarbij veel jurisprudentie behandeld, die de wettelijke toetsingscriteria van nadere huurprijsvaststelling nader preciseert. De rechtsvergelijkende uitstap naar Frankrijk wijst uit dat het leerstuk van de aldaar breed ingevoerde 'omzethuur' tot inspiratie kan dienen voor meer ondernemingslust bij Nederlandse bedrijfsmatige huurders en verhuurders. Ook de ruimere toetsingsvrijheid die de Belgische en Zwitserse rechter van de wet heeft toebedeeld gekregen stemmen tot overpeinzing omdat de daardoor toenemende marktinvloeden bijdragen aan een meer op de markt ingesteld herzieningssysteem. Uit één en ander vloeit voort dat het Nederlandse systeem een uitzonderingspositie inneemt en voor verbetering vatbaar is.

Mededingingsrecht (hoofdstuk 12)

In dit hoofdstuk wordt dit onderwerp behandeld omdat dit weliswaar niet primair binnen het huurrecht bedrijfsruimte ligt, doch daarop wel van invloed kan zijn. Vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt kan de contractsvrijheid van huurder en verhuurder immers worden beperkt. Vooral bij het vinden van een gezonde branchemix in winkelcentra kan dit een rol spelen. Ingegaan wordt op de mogelijkheden en onmogelijkheden de branchemix te beïnvloeden

Bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230A BW (hoofdstuk 13)

Deze in hoofdstuk 5 reeds behandelde restcategorie bedrijfsruimte krijgt in het onderhavige hoofdstuk nadere aandacht. Naast de wettelijke regeling aangaande huurbeëindiging wordt tevens ingegaan op enkele specifieke kwalificatiegeschillen en de ontwikkeling van de jurisprudentie op dit onderwerp.

Conclusies

Vastgesteld wordt dat de wetgever het nieuwe huurrecht weliswaar heeft doorspekt met semi-dwingend recht, doch dat dit niet de benodigde flexibiliteit oplevert. Integendeel, het leidt tot rechtsonzekerheid, met name vanwege het ontbreken van een deugdelijke dogmatische grondslag. Een debat over een algehele principiële herijking van het huurrecht bedrijfsruimte dient alsnog te worden gevoerd. Daarbij kan enerzijds de behoefte aan flexibiliteit nader worden geïnventariseerd en worden uitgewerkt. Anderzijds kan hierbij tot meer rechtszekerheid worden gekomen, met name op het punt van kwalificatiegeschillen en (zorgvuldig gereguleerde) afwijkingsmogelijkheden

van (semi-)dwingend recht. Daartoe worden in dit boek diverse concrete suggesties gedaan.

Zo dient het uit 1970 daterende art. 7:290 lid 2 BW-criterium aan een grondige opknapbeurt onderworpen te worden. Voorts kan op basis van een andere opzet van het semi-dwingend recht een geheel nieuw wettelijk stelsel worden ontwikkeld, daarbij gebruik makend van de bevindingen van de rechtsvergelijking met België, Frankrijk en Zwitserland. Tevens is in dit boek betoogd dat een huurprijs die geheel of gedeeltelijk afhankelijk is van door de huurder gerealiseerde omzet dient te worden onttrokken aan nadere huurprijsvaststelling, welk leerstuk omzethuur na ommekomst van de eerste huurperiode terzijde schuift. Hiertoe dient een nieuw in de wet op te nemen art. 7:303 lid 5 BW te worden geformuleerd. Daarnaast is gepleit voor een aanpassing van het redelijkheidscriterium van de renovatieregeling van art 7:220 lid 3 BW teneinde onbillijkheden te voorkomen. Voorts wordt een lans gebroken voor de invoering van een uithoorplicht ten laste van de verhuurder in verband met eventuele, voor de huurder relevante immateriële gebreken bij het aangaan van de huur. Daarnaast wordt een beperking van de bevoegdheid tot onderverhuur tot de eerste onderhuurrelatie betoogt. Ten slotte wordt ervoor gepleit dat het recht van contra-enquête (art. 200 Rv.) buiten werking wordt gezet omdat dit recht de regeling aangaande deskundigenonderzoek van art. 7:304 BW doorkruist. Hiernaast worden nog enkele wettechnische onvolkomenheden aan de orde gesteld, zoals de bevoegdheid van de kantonrechter bij verzoekschriftprocedures, het ontbreken van de anticumulatieregel in art. 7:230A BW en de verkeerde plaatsing van art. 7:230A BW (in de algemene bepalingen).

Flexibiliteit kan buiten het wettelijk huurrecht bedrijfsruimte om worden verkregen door middel van de commanditaire vennootschap en de publiekrechtelijke uitgifte in huur. De rechtsvergelijkende studies bevestigen deze mogelijkheden.

Résumé

Préambule

Le nouveau droit des baux est entré en vigueur aux Pays-Bas le 1er août 2003. Hormis la modification des dispositions générales et le changement de réglementation des baux d'habitation, le droit des baux spécifique aux baux commerciaux a également fait l'objet d'une révision. Après de nombreuses années de débats, le droit des baux a été intégré sous une forme systématisée dans le titre 7.4 du Code civil néerlandais. Dans le présent ouvrage, nous décrirons en détail la nouvelle législation, l'analyserons avec un esprit critique et examinerons son application pratique. Au début, le sentiment dominant était que peu de chose avait changé par rapport à l'ancien droit des baux commerciaux. Cette étude montre au contraire clairement qu'il y a bel et bien des changements importants. La nouvelle loi sera analysée sous cet angle et commentée à la lumière des débats parlementaires et de la jurisprudence qui lui est relative.

Les développements du marché se succédant de plus en plus vite dans le secteur de l'immobilier commercial à loyer, cet ouvrage examinera également la nouvelle législation des baux à la lumière de la demande accrue de flexibilité. Également, une incursion en droit comparé vers la Belgique, la France et la Suisse est faite par rapport aux aspects les plus essentiels de la nouvelle législation néerlandaise des baux.

Une orientation systématique (chapitre 1)

En définissant les objectifs à suivre dans ce livre, ce sont l'encadrement et la nature de la nouvelle législation des baux qui sont importants. Le nouvel encadrement dans une structure hiérarchisée du Code civil néerlandais permet notamment une représentation succincte du droit des obligations générales et du droit des biens. Le nouveau caractère de droit semi-impératif de la législation des baux commerciaux pour les commerces de détail (art. 7.4.6 du Code civil néerlandais) concerne la possibilité de déroger à la législation des baux sans que cela ne porte préjudice au locataire. Pourtant, le droit semi-impératif actuel manque une base doctrinaire et mène pour plusieurs raisons à l'insécurité juridique. C'est pour cela qu'il est nécessaire de débattre encore le caractère semi-impératif de la législation des baux de l'art. 7.4.6 du Code civil néerlandais. Les résultats de l'étude de droit comparatif peuvent servir d'inspiration.

Les anciennes caractéristiques ancrées dans la loi sont également présentes dans le nouveau droit des baux, exception faite de l'exigence d'une 'durée déterminée'. Si la 'location' s'accompagne d'accords convenus entre les parties relevant d'autres domaines de

droit, il est question d'un contrat mixte. La 'doctrine de cumul' qui est ancrée dans la loi fait qu'en principe plusieurs règles légales peuvent être applicables de manière juxtaposée sauf, pour le dire brièvement, en cas d'incompatibilité. D'autres critères développés dans la jurisprudence, avec un rôle important donnée à la prédominance, valent pour les *baux* mixtes. La loi stipule que dans le cas d'un lieu d'exploitation pour un commerce de détail combiné à un logement, l'ensemble relève de la protection de la réglementation concernant les baux commerciaux pour les commerces de détail.

L'agrandissement d'échelle des petites et moyennes entreprises aux Pays-Bas s'accompagne d'une augmentation du nombre des organisations franchisées. Si un contrat de franchisage est combiné avec un contrat de bail, des problèmes peuvent notamment se présenter à la fin d'un des deux contrats. Ce chapitre traitera des problèmes qui peuvent alors se produire.

Une orientation historique (chapitre 2)

Les fondements de l'actuelle législation en matière de baux commerciaux seront décrits dans le deuxième chapitre. Nous évoquerons la période de reconstruction et de pénurie d'après-guerre. Lors de cette période, il y avait une forte ambition politique d'accélérer les échanges commerciaux et la réalisation d'investissements. Il ressort de différentes modifications législatives que si les visions ont bien changé sur certains aspects, le motif de la protection d'investissements a continué à fonder la législation actuelle.

Une orientation en droit compare (chapitre 3)

La protection d'investissements est également à la base du droit des baux commerciaux en Belgique, en France et en Suisse. Le droit impératif qui y est appliqué principalement n'a jamais été critiqué de façon doctrinaire et n'y a de ce fait jamais été changé formellement en droit semi-impératif. La raison en est que dans ces pays le droit semi-impératif est mieux réglé: la possibilité de dérogation par cas y est minutieusement régularisée. Les dispositions qui ressortent de longue date sous le droit semi-impératif, comme les règlements de substitution et de sous-location belges, françaises et suisses, indiquent de quelle façon le droit néerlandais semi-impératif des baux commerciaux peut être réglé légalement d'une autre et surtout meilleure manière. Cette amélioration est désirable puisqu'elle stimulera la sécurité juridique.

Les variantes de bail commercial (chapitre 4)

La première variante importante de la location traitée dans cet ouvrage est le contrat de crédit-bail. Non seulement les complications sur le plan du droit des baux de la thèse 'crédit-bail opérationnel' y seront traitées, mais les complications par rapport à la location-vente, le 'véritable' leasing financier, y seront également soulevées. Un manque juridique important est dévoilé là où la location-vente touche à la location tout court. Il est frappant de constater que, tout comme dans le droit des baux commerciaux, le

législateur a encore du mal à trouver un équilibre opérationnel entre le crédit-preneur et le crédit-bailleur dans le processus législatif vers une nouvelle réglementation du crédit-bail, tout en tenant compte du rôle important de la demande de flexibilité.

Intéressantes sont les variantes qui tombent hors du champ d'application du droit des baux: ladite 'mise en location par le droit public' et la 'société commanditaire'. Ces variantes relevant du droit public, respectivement du droit des sociétés, s'avèrent une méthode éprouvée pour contourner la législation semi-impérative en matière de baux. La Belgique, la France et la Suisse connaissent également la variante du droit public. En tout cas en Belgique, la société commanditaire peut être appliquée comme variante contournante, quoique dans une forme quelque peu différente. Les deux phénomènes peuvent notamment offrir au bailleur la flexibilité nécessaire, là où le droit semi-impératif des baux commerciaux ne la leur offre pas.

L'état de la chose louée (chapitre 5)

En dehors de l'obligation de mise à disposition de la chose louée, on s'arrêtera amplement sur la nouvelle réglementation en matière de vices. On s'intéressera à la définition large de la notion 'vice' spécifique au droit des baux commerciaux et des actions entreprises par le locataire pour faire valoir ses droits. Dans ce contexte sera abordé le devoir de l'interrogation développé dans les jurisprudences belge et française. Il peut aider à découvrir des vices immatériels d'un objet d'exploitation. Nous montrerons d'une part que le droit des baux commerciaux offre de la flexibilité en permettant de redéfinir la notion de 'vice'. Nous examinerons d'autre part la nouvelle réglementation par rapport à son application pratique. Nous indiquerons quels aspects nécessitent d'être améliorés par la réglementation. Parallèlement à cela, on s'intéressera à la nouvelle réglementation de réfection et on la confrontera à l'obligation du locataire de tolérer les travaux urgents. Nous aborderons également la nouvelle réglementation en matière de sous-location, en examinant les meilleurs règlements de sous-location en Belgique, en France et en Suisse. La situation à la fin du bail sera également décrite. Compte tenu du renversement de la charge de la preuve concernant l'obligation de délivrer à la fin du bail (le locataire est censé avoir reçu la chose louée en bon état; le bailleur doit prouver le contraire), nous examinerons les complications qui peuvent en résulter. La responsabilité civile du locataire quant aux dégâts dans la chose louée survenus lors du bail, sera également traitée. Il sera notamment question de la position inique à cet égard du locataire à qui incombe le fardeau de la preuve et qui se voit confronté avec une pollution du sol qui existait déjà avant le début du bail.

Les deux catégories de lieux d'exploitation (chapitre 6)

Le locataire à protéger dans le secteur du commerce de détail est considéré comme la catégorie principale dans le droit commun des baux commerciaux et doit être distingué du locataire bénéficiant d'une moindre protection de la catégorie (restante) des 'autres lieux d'exploitation', comprenant notamment les bureaux, les usines, les

hangars etc. Ce chapitre examinera les deux catégories. La première catégorie bénéficie d'une grande protection du niveau de loyer et du maintien dans les lieux, laquelle protection n'est pas accordée au locataire de l'autre catégorie. Il existe beaucoup de cas litigieux, notamment en marge de ces deux catégories, qui peuvent conduire à ce qu'on appelle les 'litiges de qualification'. Ce chapitre s'arrêtera amplement sur le déluge de jurisprudence auquel ceci a donné lieu depuis 1970 et fournira de nombreux exemples de ces litiges de qualification. La jurisprudence sera analysée d'un oeil critique, surtout dans l'encadrement de l'histoire parlementaire et des discussions menées dans la littérature, desquelles il apparaît que la jurisprudence concernant les cas limites s'est éloignée considérablement de l'intention originale du législateur de l'an 1970. Cet éloignement est pour nous la raison pour laquelle un débat fondamental devrait être mené dans lequel l'article ancien 7:290, al. 2 du Code civil néerlandais sera réévalué à base d'une doctrine nouvellement formulée. Joint à plusieurs autres défectuosités (partiellement sur le plan technique de la législation) nous arguerons que le débat devra porter sur un tout nouveau système du droit de la législation des baux commerciaux.

Protection du délai (chapitre 7)

L'idée que le niveau d'investissement est supérieur dans le secteur du commerce de détail si l'entrepreneur/le locataire reçoit la garantie de pouvoir amortir les investissements dans un lieu spécifique et qu'il peut se constituer une clientèle sur place, se trouve au centre dans ce chapitre. Cette vision a abouti à un maintien dans les lieux et à une protection du niveau de loyer. L'étalon de cette protection du délai (5 plus 5 ans) qui date de la période d'après-guerre, est resté inchangé depuis cette époque. Dans le cadre de la recherche de flexibilité, cet étalon est mis en cause. Les considérations de droit comparatif avec la Belgique et la France nous apprennent que ces pays offrent un surcroît de flexibilité grâce au 'système 3-6-9-(12)'. Il existe dans ces deux pays plus de possibilités de mettre fin au bail qu'aux Pays-Bas, où le 'système 5 + 5' est en principe toujours en vigueur en l'an 2005. La thèse des 'circonstances imprévues' sera appréhendée dans ce chapitre comme une méthode visant à rompre avec le système 5 + 5 parfois injuste.

Résiliation après congé (chapitre 8)

Ce chapitre traitera de la nouvelle réglementation en matière de congé et de fin du bail. La réglementation en matière de fin de bail a vu certains aspects fortement modifiés. Il importe surtout que le congé donné en raison de projets de rénovation de grande ampleur devienne possible à un moment antérieur lors du bail, c'est à dire déjà au bout de cinq ans (dans l'ancien droit des baux, ceci n'était possible qu'au bout de dix ans). Cet avantage pour le locataire sera à la fin du chapitre confronté au contrôle plus sévère sur le plan du contenu, puis un bilan sera fait.

Il importe également que la protection pour le bailleur prévue par la loi au cas où les motifs du congé ne lui apportaient aucun 'soulagement' – ce qu'on appelle la 'considération des intérêts'–, subisse une modification subtile sans être pour autant négligeable. Au motif de considération impérative d'autrefois a été ajouté un motif d'attribution non-impérative, ce qui a pour résultat une opposition d'intérêts plus ouverte. Une plus grande marge de considération des intérêts du locataire est ainsi créée.

La fin intérimaire du bail (chapitre 9)

Ce chapitre traitera plus en détail des possibilités déjà évoquées au chapitre 7 de résilier un bail avant échéance. Hormis le contrat de résiliation, on évoquera la possibilité de résilier après le décès du locataire. Dans ce cadre, on s'arrêtera notamment sur 'l'exception de concertation' à invoquer par les héritiers. On parlera ensuite de la résiliation du bail en raison d'une non-exécution d'une obligation, dans laquelle l'influence du droit commun des obligations se fait nettement sentir. La résiliation du bail en cas de fermeture d'un local loué pour lutter contre les nuisances dues aux drogues, sera également évoquée en tant que nouveau phénomène dans le droit des baux. On parlera enfin de la position du locataire qui se trouve en état de faillite et de la possibilité du liquidateur de le faire remplacer par un autre entrepreneur/locataire.

Substitution (chapitre 10)

La substitution permet au locataire qui souhaite vendre son entreprise, par exemple en vue de sa retraite, de se faire remplacer par quelqu'un d'autre. Si le bailleur n'y consent pas, on peut décider d'en référer au juge. Contrairement à l'ancien droit des baux, le nouveau droit des baux prévoit un contrôle beaucoup plus rigoureux par le juge. Les intérêts mutuels doivent être consciencieusement évalués les uns par rapport aux autres. La thèse de la substitution ne relève pas du droit semi-impératif, mais du droit impératif et offre donc au locataire une flexibilité optimale afin de moyenner la valeur de son bail et par-là la valeur de l'entreprise. Ce chapitre explique également que cette flexibilité est quelque peu bridée en raison du rôle de contrôle illimité que le législateur a attribué au juge. Une étude de droit comparatif avec la Belgique, la France et la Suisse indiquera la façon de laquelle une meilleure législation peut être obtenue pour les Pays-Bas.

Révision du loyer (chapitre 11)

Sur le plan du contenu, la réglementation sur la révision du loyer est pratiquement restée inchangée dans le nouveau droit des baux. Il est important que le législateur y ait introduit une exigence de recevabilité. Celle-ci sert à une concertation préalable des parties ou, le cas échéant, à la rédaction d'une expertise en concertation mutuelle. Ce n'est qu'en ayant en main une expertise dressée en concertation mutuelle que la partie demanderesse est recevable dans une action visant une fixation ultérieure du loyer. Si la

concertation n'apporte rien, le juge d'instance peut nommer un expert. Avec cette nouvelle réglementation, le législateur a visé à écourter les trajets de consultation externe et les procédures de longue durée. Ce sujet sera également traité avec un esprit critique, en recourant à de nombreux exemples de la jurisprudence qui précisent les critères de contrôle légaux de la fixation ultérieure du loyer. Une étude de droit comparatif avec la législation française montre que la doctrine du loyer variable en fonction des recettes qui y est largement appliquée, pourrait judicieusement inspirer un plus grand esprit d'entreprise auprès des locataires et des bailleurs néerlandais. Également, la plus grande liberté de contrôle attribuée aux juges belges et suisses donnent à réfléchir, puisque les influences du marché ainsi accrues attribuent à un système de révision plus adapté au marché. Toutes considérations prises en compte, le système néerlandais se trouve dans un état d'exception et qu'il est perfectible.

Droit de la concurrence (chapitre 12)

S'il est vrai que ce sujet ne relève pas en premier lieu du droit des baux commerciaux, il n'est pas sans influence sur la question et mérite pour cette raison d'être traité dans ce chapitre. La liberté contractuelle du locataire et du bailleur peut en effet être limitée pour des considérations relevant du droit de la concurrence. Ceci peut surtout jouer un rôle dans la recherche d'un mélange sain de différents secteurs dans les centres commerciaux. On examinera de plus près les possibilités et impossibilités d'influencer le mélange des secteurs.

Lieu d'exploitation au sens de l'art. 7:230A du Code civil néerlandais (chapitre 13)

Dans le présent chapitre, on examinera de plus près la catégorie restante des lieux d'exploitation déjà évoquée au chapitre 5. En dehors de la réglementation légale concernant la fin du bail, on parlera également de quelques litiges de qualification spécifiques et du développement de la jurisprudence sur ce point.

Conclusions

Nous constatons que s'il est vrai que le législateur a émaillé le nouveau droit des baux de règles semi-impératives, cela n'a pas engendré pour autant la flexibilité nécessaire. Au contraire, ceci mène à l'insécurité juridique, notamment à cause du manque d'une base doctrinaire valable. Un débat portant sur une nouvelle réévaluation du droit des baux commerciaux, s'avère nécessaire.

Dans ce débat, d'une part le besoin de flexibilité peut être inventorié et élaboré. D'autre part, une plus grande sécurité juridique peut être atteinte, surtout en ce qui concerne les litiges de qualification et les possibilités de dérogation (régularisées avec soin) du droit (semi-)impératif. Plusieurs suggestions concrètes sont proposées à cet effet: l'art. 7:290, al. 2 du Code civil néerlandais qui date de 1970 doit être soumis à une révision approfondie. Ensuite, basé sur un autre ébauche du droit semi-impératif, un régime

juridique complètement nouveau peut être développé, en utilisant les résultats de la comparaison du droit belge, français et suisse.
En plus, nous élaborons dans ce livre qu'un loyer qui est entièrement ou partiellement dépendant du chiffre d'affaires réalisé par le locataire devrait en outre être soustrait d'une fixation ultérieure du loyer, laquelle doctrine écarte le loyer variable en fonction des recettes après expiration de la première période de location. Pour cela, il conviendra de formuler un nouvel art. 7:303 alinéa 5 du Code civil néerlandais à intégrer dans la loi.
Nous plaiderons pour une adaptation du critère d'équité dans la réglementation en matière de réfection de l'art. 7:220 alinéa 3 du Code civil néerlandais afin d'éviter les injustices. Nous soutiendrons en outre l'instauration de l'obligation d'interroger le bailleur sur d'éventuels vices immatériels qui sont importants pour le locataire lorsqu'il passe le contrat de bail. Nous défendrons également l'idée d'une limitation du droit de sous-location jusqu'au premier degré de sous-location. Et nous plaiderons pour que le droit de contre-enquête (art. 200 du Code néerlandais de procédure civile) soit rendu caduc, car il entrave la réglementation concernant l'expertise de l'art. 7:304 du Code civil néerlandais.
Pour finir, nous mettrons à jour quelques imperfections sur le plan technique de la législation, comme par exemple la compétence du juge d'instance en matière des procédures de requête, l'absence d'une règle anti-cumul dans l'art. 7:230A du Code civil et le mauvais emplacement de l'art. 7:230A du Code civil (inséré dans les dispositions générales).

La flexibilité nécessaire peut être obtenue en contournant le droit des baux commerciaux au moyen d'une société commanditaire et de la mise en location par le droit public. L'étude de droit comparatif confirme ces possibilités.

Literatuuroverzicht

Boeken

Ackermans-Wijn, diss.	J. C. E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid,* diss. Nijmegen 1989.
Antonmattei/Raynard	V. Antonmattei et A. Raynard, *Contrats Spéciaux*, Paris, 1997.
Asser-Abas	*Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, deel 5-IIA, Bijzondere overeenkomsten (Huur), 8e druk, 2004.
Asser-Abas (suppl. 1997)	*Idem*, deel 5-II, supplement 1997 betreffende het algemeen gedeelte en woonruimte.
Asser-Brunner	*Idem*, deel 5-II, Bijzondere overeenkomsten (Pacht), 7e druk, 1990.
Asser-Van der Grinten	*Idem*, Deel 2-I, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De vertegenwoordiging, 7e druk. Bewerkt door W. C. L. van der Grinten. 1990.
Asser-Mijnssen 3-III	*Idem*, Deel 3-III, Zakenrecht. (Zekerheidsrechten) Bewerkt door F. H. J. Mijnssen en A. A. van Velten, 12e druk, 1994.
Asser-Hartkamp 4-I	*Idem*, deel 4-I, Verbintenissenrecht, De verbintenis in het algemeen, 12e druk, 2004.
Asser-Hartkamp 4-II	*Idem*, deel 4-II, Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten, 11e druk, 2001.
Asser-Hartkamp 4-III	*Idem*, deel 4-III, Verbintenissenrecht, De verbintenis uit de wet, 10e druk, 1998.
Asser-Hijma	*Idem,* deel III, Bijzondere overeenkomsten, deel I, Koop en ruil, 6e druk, bew. door Jac. Hijma, 2001.
Asser-Mijnssen-Van Velten	*Idem*, deel 3-III, Zakenrecht, zekerheidsrechten, 12e druk, bew. door mr. F. H. J. Mijnssen en mr. A. A. van Velten, 1994.
Asser-Snijders 5-IIB	*Idem*, deel 5-IIB, Bijzondere overeenkomsten, Pacht, eerste druk, 2001.
Bagnéries	M. P. Bagnéries, *Le loyer du bail commercial*, Parijs, 1997, p. 171 e.v.
Beckman	H. Beckman e.a., *Onroerend goedleasing*, Kluwer Bedrijfswetenschappen, 1990.
Beckman/Joosen	H. Beckman & A. W. A. Joosen, *Leasing van roerend en onroerend goed,* Leiden/Antwerpen: H. E. Stenfert Kroese BV, 1988.
Benabent	A. Benabent, Droit civil, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 5e druk, 2001.
Bezemer	J. C. Bezemer, *Franchising, een uitdagend vak*, Deventer, 2002.
Billiet	J. Billiet e.a., *XXVIste postuniversitaire cyclus Willy Delva 1999-2000, Overeenkomstenrecht*, Antwerpen: Kluwer 2000.

Billiet	J. Billiet, *Overeenkomstenrecht*, 'concessie- en franchiseovereenkomst', Antwerpen: Kluwer, 2000.
Bloembergen/Lindenbergh	A. R. Bloembergen en S. D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen*, deel 1, Monografieën Nieuw BW B-34, 2001.
Bloembergen e.a.	A. R. Bloembergen, C. C. van Dam, Jac. Hijma en W. L. Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, derde druk, Deventer, 2001.
Bockwinkel	A. Bockwinkel, *Huurbescherming bij woonruimte*, serie 'Recht en Praktijk', nr. 34, 2e druk, 1991.
Brewaeys	E. Brewaeys, *Leasing van roerende goederen*, Antwerpen: Uitgeverij Kluwer rechtswetenschappen, 1985.
Brown	L. Neville Brown, *French Administrative Law*, achtste druk, 2003.
Brunner	C. J. H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, 1984
Brunner/De Jong	C. J. H. Brunner en G. T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer, 2004.
Bucher	C. Bucher, *Obligationenrecht, Besonderes Teil*, 3e druk, Zürich, 1988.
Burgert/Timmermans/Joosten	*De jaarrekening nieuwe stijl*, 1e druk, 1992.
Boyer	Y. Boyer, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, diss. Aix-Marseille, 1978.
Calais-Auloy	J. Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, diss. Montpellier, 1959
Cambier	Cyr Cambier, *Droit Administratif*, Bruxelles: Maison Ferdinand Larcier, 1968.
Canaple/Soares	M. Canaple en Stéphanie Soares, '*Le bail commercial: contrat, loyer, révision, renouvellement*' (collection inforeg), Paris: Gualino éditeur, 2004.
Cannu, De	P. de Cannu, *Droit des sociétés*, 2e druk, Paris: Montchrestien, 2000.
Carbonnier	J. Carbonnier, Droit civil, titre 4, *Les obligations*, 22e druk, 2000.
Castermans, diss.	A. G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, diss. Leiden, 1992.
Contractenrecht	*Contractenrecht*, losbladige uitgave onder redactie van A. R. Bloembergen en W. M. Kleijn.
Dambre	M. Dambre e.a. (red.), *Burgerlijk Wetboek*, Brugge: Die Keure, 2001.
Dambre/Gerlo	M. Dambre, J. Gerlo, *Geannoteerd Burgerlijk Wetboek*, Brugge: Die Keure, 2001.
Dammingh	J. J. Dammingh, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken,* diss. Nijmegen, 2002.
Dekkers	R. Dekkers, *Handboek van het burgerlijk recht* (deel 1), 1971.
Dembour	J. Dembour, *Droit Administratif*, Den Haag: Nijhoff, 3e druk, 1978.
Demolin	P. Demolin, '*Le contrat de franchise*', Chronique de jurisprudence Française et Belge 1995-2000, Les Dossiers du J.T. nr. 31, Brussel, Larcier, 2001.
Diephuis	G. Diephuis, *Het Nederlands Burgerlijk Regt*, 1892.

Dillemans/Van Gerven	R. Dillemans en W. van Gerven en, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht* (Algemeen deel), 1987.
Dirix/Van Oevelen	E. Dirix en A. van Oevelen (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen: Kluwer, 2003.
Dozy/Jacobs	R. A. Dozy en Y. A. M. Jacobs, *Hoofdstukken huurrecht voor de praktijk*, 3e druk, 1999.
Duijnstee-Imhoff	Z. H. Duijnstee-van Imhoff: *Huurrecht geschetst*, Nijmegen 2003.
Engel	P. Engel, *Contrats de droit Suisse*, Bern: Éditions Stämpfli + Cie SA, 1992.
Ernes, diss.	A. L. H. Ernes, *Onbevoegde* vertegenwoordiging, diss. Open Universiteit, 2000.
Evers	M. F. A. Evers, *Huurrecht bedrijfsruimten*, serie Recht en Praktijk nr. 6b, zevende druk, Deventer, 2003.
Gauch/Higi	P. Gauch & P. Higi, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Teilband V2b, Eerste Lieferung (Die Miete)*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994.
Geinger/Heijerinck	H. Geinger, N. Heijerinck, *Inleiding tot het vennootschapsrecht*, Brugge: Die Keure, 2003.
Giesler	J. P. Giesler, *Franchising*, Bern, 1999.
Ghestin	J. Ghestin, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat: formation*, Paris, 2002.
Grisel	A. Grisel, *Droit administratif Suisse*, Neuchatel: Éditions ides et calendes, 1970.
Hamers	J. J. A Hamers, *Inleiding personenvennootschappen*, Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2004.
Handboek Huurrecht	Losbladige uitgave (2 delen) onder redactie van R. A. Dozy, A. S. Rueb, H. E. M. Vrolijk en E. E. de Wijkerslooth-Vinke.
Handboek Leasing	Losbladige uitgave, H. W. Heijman.
Hartkamp, Compendium	A. S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuw burgerlijk wetboek*, 5e druk, 1999.
Haye, La	M. la Haye en J. Vankerckhove, (onder red. van Vankerckhove), *Le louage de choses, les beaux en général*, 2e druk, Brussel, 2000.
Have, Ten	G. G. M. ten Have, *Taxatieleer*, 2e druk, Houten, 2002.
Heerma van Voss	G. J. J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag, 2002.
Hees, Van	J. van Hees, *Leasing*, diss. Nijmegen, 1997.
Van der Heiden	A. J. J. van der Heiden, *Franchising*, serie 'Recht en Praktijk', 1992.
Hémard e.a.	J. Hémard, M. Terré, J. Mabilat, *Sociétés Commerciales*, Paris, 2002.
Hendrikse/Jongbloed	M. L. Hendrikse en A. W. Jongbloed, *Het vernieuwde procesrecht praktisch belicht*, 2002.
Hermans	R. M. Hermans, *Vermogensrechtelijke aspecten van leasing*, preadviezen Vereniging van Burgerlijk Recht, 1997.
Hesselink, diss.	M. W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, diss. Utrecht, 1999.

Heyman e.a.	H. W. Heyman, Brood-Grapperhaus, Slagter, Leysen en Beckman, *De commanditaire vennootschap in de actuele praktijk*, serie 'Recht en Praktijk', 1988.
Hockx	J. W. A. Hockx, *Koop en levering van vastgoed,* eerste druk, editie 2003/2004, 2003.
Hofmann-Abas	*Het Nederlandse Verbintenissenrecht*, eerste gedeelte, tweede stuk, bewerkt door mr. P. Abas.
De Hoog	P. A. de Hoog, *De pachtwet in de praktijk*, 6e geheel herziene druk, 2000.
Honsell	J. Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderes Teil*, 6e druk, Bern, 2001.
Huet	Jérôme Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, LDGJ, 2001, p. 847-854.
Huguenin	C. Huguenin, *Obligationenrecht, Besonderes Teil*, Zürich, 2002.
Huijgen, diss.	W. G. Huijgen, *Aansprakelijkheid van de overheid*, diss. Leiden, 1991.
Huijgen	W. G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken*, Studiepocket privaatrecht, 2e druk, 2003.
Hijma, diss.	Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss., Leiden, 1989.
Hijma, Mon. Nieuw BW B-55	Jac. Hijma, *Algemene Voorwaarden*, Mon. Nieuw BW B-55, Deventer, 1997.
Jacobs/Heerma van Voss	A. T. J. M. Jacobs, G. J. J. Heerma van Voss, *Elementair sociaal recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom, 1998.
Jadoul (red.)	E. Cusas, A. Devreux e.a., (onder red. van P. Jadoul), *Le bail commercial*, Brussel, 2000.
Janssen	D. Janssen, *Les indemnités d'éviction en bail commercial*, Brussel, 2000.
Jonge, De	A. R. de Jonge, *Nieuw huurrecht*, 2003.
Juglart/Ippolito	M. de Juglart & B. Ippolito, *Les sociétés commerciales (volume II)*, Parijs: Montchrestien, 2003.
Kendérian	F. Kendérian, *L'évolution contemporaine du statut des baux immobiliers d'exploitation,* Bordeaux, 2003.
de Kluiver, diss.	H. J. de Kluiver, *Onderhandelen en het privaatrecht*, diss. VU, Deventer, 1992.
Kohnstamm/van Wetten	P. P. Kohnstamm en P. G. M. van Wetten, *Direct en indirect onroerend goed in de jaarrekening van Nederlandse beleggingsinstellingen*, 2e druk, 1992.
Kren Kostkiewitcz	J. Kren Kostkiewitcz, *OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, Orell Füssli Verlag AG, 2004.
Lachat (1)	D. Lachat, *Le Bail à loyer,* Lausanne: ASLOCA, 1997.
Lachat (2)	D. Lachat, *Commentaire Code des Obligations I,* Basel : Helbing & Lichtenhahn, 2003.
Lafond	V. J. Lafond, *Clauses d'indexation dans les baux commerciaux; formules*, Parijs, 1987.
Lagarde	G. Lagarde, *Droit Commercial*, Paris: Dalloz, 2000.
Lausanne	G. Lausanne *Le bail commercial*, Paris: Groupe Revue Fiduciaire, 2002.

Lescot	P. Lescot, *Le mandat apparent*, JCP, 1964, I. 1826.
Lokin/Zwalve	J. H. A. Lokin & W. J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese* codificatiegeschiedenis, Deventer: Kluwer, 2001.
Loonstra/Zondag	C. J. Loonstra, W. A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Boom , Den Haag, 2004, p. 35.
Loth (1)	M. A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht*, Deventer: Kluwer, 2000.
Loth (2)	M. A. Loth, *Monografieën Nieuw BW*, Deventer: Kluwer, 2003.
Louveaux	B. Louveaux, *le droit du bail. Regime général*, Bruxelles, 2002.
Lubach	D. A. Lubach, *Beleidsovereenkomsten,* diss. Groningen, 1982.
Mast e.a.	Mast/Dujardin/Van Damme/Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 14e druk, 1996.
Meier-Hayoz/Forstmoser	A. Meier-Hayoz & P. Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht,* Bern: Stämpfli Verlag AG, 2004.
Meijers	E. M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw burgerlijk wetboek. Toelichting vierde gedeelte (Boek 7)* (Ph. A. N. Houwing), Den Haag: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf, 1972.
Menjucq	M. Menjucq, *Droit des affaires: Le commerçant, Les actes de commerce, Le fonds de commerce, Le bail commercial, Les contrats commerciaux* (collection FAC Universités), Paris: Gualino éditeur, 2003.
Merchiers (1)	Y. Merchiers, *Les Baux. Le bail en général*, Brussel: Larcier, 1997.
Merchiers (2)	Y. Merchiers, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen: Kluwer, 2000.
Merle/Fauchon	Ph. Merle & A. Fauchon, *Droit commercial: Sociétés commerciales,* Paris: Dalloz, 2001.
Mohr	A. L. Mohr, *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, vijfde herziene druk, 1998.
Mohr e.a.	A. Mohr, M. J. A. van Mourik en H. M. N. Schonis, *Personenvennootschappen*, Pre-advies van de Vereeniging 'Handelsrecht', Deventer, 2003.
De Mol (1)	J. A. de Mol, *Huurrecht*, 2e herziene druk, 1980.
De Mol (2)	J. A. de Mol, losbladige uitgaven, *Praktijkboek Onroerend Goed, Huur en Praktijkboek Huur & Verhuur.*
Mourik, Van	M. J. A. van Mourik, *De personenvennootschap*, vierde druk, 1993.
Nieuwenhuis e.a.	J. H. Nieuwenhuis, C. J. J. M. Stolker, W. L. Valk, *Burgerlijk Wetboek, tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer, 2003.
Nispen, Van	C. J. J. C. Van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht*, Monografieën Nieuw BW A-11, 2e druk, Deventer: Kluwer, 2003.
Oldenhuis e.a. (1)	F. T. Oldenhuis, *Hoofdlijnen in het huurrecht*, 5e druk, 2003.
Oldenhuis, e.a. (2)	F. T. Oldenhuis e.a., *Jurisprudentie huurrecht 1950–1997*, derde druk, 1999.
Olmer	F. X. Olmer, *Vademecum ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer, 1988.
Page	*Traité de Droit Civil*, Brussel, 2003.

Pauwels/Massart	A. Pauwels, P. Massart, *Bestendig handboek huishuur en handelshuur* (losbladige editie), Brussel, 1998.
Permann	Permann (e.a.), Handkommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich, 2002.
PG Boek 3,5,6 en 7	*Parlementaire Geschiedenis van het nieuw Burgerlijk Wetboek, Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien*, onder (eind)redactie van C. J. van Zeben en J. W. du Pon, Deventer, resp. 1990 en 1991.
Pitlo	A. Pitlo, *Het systeem van het Nederlandse privaatrecht*, negende druk, Arnhem 1988.
Rank	W. A. K. Rank, *De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk*, inaug. or. Nijmegen, serie Onderneming en Recht dl. 12.
Rivero	Jean Rivero, *Droit administrative*, 19e druk, Parijs, 2002.
Rodrigues Lopes (1)	D. L. Rodrigues Lopes, *Onroerende zaken, gebruik, financiering en belegging*, Deventer, 1995.
Rodrigues Lopes (2)	D. L. Rodrigues Lopes, *Pacht*, Serie Recht en Praktijk, derde druk, 1997.
Rossum, Van	M. van Rossum, *Mededelingsplichten bij totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*', *Remedies in het Belgische en Nederlandse contractenrecht,* Antwerpen: Intersentia, 2000,
Rueb e.a.	Rueb, Vrolijk, de Wijkerslooth-Vinke, *Het nieuwe huurrecht, per artikel verklaard*, Deventer, 2003.
Rueb e.a.	Rueb, Vrolijk, de Wijkerslooth-Vinke, *Huurrechtmemo 2004/2005*, Deventer 2004.
Schans	G. Schrans, *Preadvies over de precontractuele verhoudingen naar Belgisch recht*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle: Tjeenk Willink, 1967.
Schilfgaarde/Van Solinge	P. van Schilfgaarde en A. G. van Solinge, *De vennootschap volgens het ontwerp B.W.*, pre-advies voor de Vereeniging 'Handelsrecht', Zwolle, 1974.
Schiller	G. Schiller e.a. *Abzahlungskauf*, Verein Schuldensanierung, 2003.
Schoordijk	H. C. F. Schoordijk, *Het algemene gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, 1979.
Scholten	Scholten, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht*, 1931.
Schultze	R. Schulze, *Franchising im Europaïschen Privatrecht*, 2001, p. 52-53.
Scimansky	A. Scimansky, *Der Franchisevertrag im schweizerischen Recht*, 2002.
Simon	H. J. Simon, *Tweewegenleer, Privaatrechtelijke bevoegdheden en publiekrechtelijke belangen*, Publiek Domein, 1988
Speculum Langemeijer	*31 Rechtsgeleerde opstellen*, 1973
Sprankling	J. G. Sprankling, *Understanding Property Law*, New York: Lexis Publishing, 2000.
Steenmetser/De Lange	T. H. G. Steenmetser en W. de Lange, *Huurrecht Wetteksten 2004/2005*, Den Haag, 2004.

Stein	H. A. Stein, *Nieuw burgerlijk procesrecht*, 2002.
Stein en Rueb	P. A. Stein en A. S. Rueb, *Nieuw burgerlijk procesrecht*, 13e druk, 2002.
Straaten, Van	J. C. van Straaten, *Kadaster, openbare registers en derdenbescherming*, serie Recht en Praktijk dl. 59, 1993.
Stuyck	J. Stuyck, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, Handels- en Economisch Recht, Leuven, E. Story-Scientia 1989.
Tekst & Commentaar Huurrecht	R. A. Dozy en J. L. R. A. Huydecoper, *Tekst en Commentaar Huurrecht* (titel 7.4), eerste druk, 2003.
Tercier	P. Tercier, *Les contrats Spéciaux,* Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995.
Thévenoz/Werro	L. Thévenoz, F. Werro, *Code des Obligations I*, Genève: Helbing & Lichtenhahn, 2003.
Tilleman/Benoît-Moury	B. Tilleman, A. Benoît-Moury, *Geannoteerde Wetboek van Vennootschappen met bijzondere wetgeving*, Brugge: Die Keure, 2000.
Tilleman/Van Gerven	B. Tilleman, W. van Gerven, *Beginselen van het Belgische privaatrecht X, Overeenkomsten, deel 2 Bijzondere overeenkomsten, A. Verkoop, Deel 1 Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, Antwerpen: Kluwer, 2001.
Toelichting voorontwerp	*Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Vierde gedeelte (Boek 7), Toelichting, 1972.
Troplong	Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. *De l'échange et du louage, commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code Napoléon.*, 3e druk, 1859.
Tschoffen/Dubru	J. Tschoffen en M. Dubru, *Les baux commerciaux*, Bruxelles, 2002.
Velten, Van (1)	A. A. Van Velten, *Koop van onroerende zaken*, Monografie Nieuw BW, B-serie, nr. 65c, 2e druk, 2002
Velten, Van (2)	A. A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Ars Notarius 120, 1e druk, 2003.
Vandenberghe	G. Vandenberghe, *Partijaansprakelijkheid bij softwarecontracten*, Antwerpen, 1984, p. 70.
Vandenputte	X. Vandenputte, *Overzicht van het Burgerlijk Recht*, Gent: Mys & Breesch.
Venekatte	E. Venekatte, *De grenzen van art. 7A:1624 BW*, Enschede 1991.
Verbeke (red.)	A. Verbeke (ed.), *Knelpunten huur*, Antwerpen: Intersentia, 2003.
Wery	P. L. Wery, *Hoofdzaken maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Kluwer, 2001
Westrik, diss.	R. Westrik, *'Koop breekt geen huur' en het huurbeding*, diss. Rotterdam, 2001.
Wiarda	G. J. Wiarda, *Overeenkomsten met overheidslichamen*, diss. Amsterdam, 1939.
Wiegman/Zuidema	P. J. Wiegman en Tj. Zuidema, *Recht voor de huurder*, 7e druk (Tj. Zuidema), 1999.
Wigny	P. Wigny, *Droit Administratif: principes généraux*, Bruxelles: Bruylant, 1953.

Zeben, Van c.s.	C. J. van Zeben e.a., *Compendium Bijzondere overeenkomsten*, 8e druk, 1998, met uiteenzetting gehele huurrecht E. E. de Wijkerslooth-Vinke.

Artikelen

Abas	P. Abas, 'Heeft de rechterlijke wijziging van de gevolgen van een overeenkomst na wederzijdse dwaling terugwerkende kracht?', *Prg.*, 2003, p. 883 t/m 886.
Adriaansens (1)	C.. A. Adriaansens, 'Onroerend of niet?' in de bundel opstellen *Vast en goed*, 2003, p. 8 e.v.
Adriaansens (2)	C. A. Adriaansens, 'Van dwingend naar 'semi-dwingend' recht', *Tijdschrift voor Huurrecht bedrijfsruimte*, 2004/1, p. 9-11.
Aynes	L. Aynes, 'Location-vente', *J.Cl. Contrats Distribution*, 2003, fasc. 760.
Bouloc	B. Bouloc, 'Crédit-bail et location-vente', in *Les contrats d'adhésion et la protection du consommateur.* Colloque des 4 juin 1978, Paris, ENAJ, 1978.
Boccara	B. Boccara, 'Le renouvellement des baux à loyer variable', *AJPI*, 10 april 1994, p. 278.
Van den Broek/Bongers	M. M. van den Broek en E. Bongers, 'Kabelnetwerkinfrastructuur on(t)roerend!', *WPNR*, 2003, 6540 p. 539 t/m 544.
Buuren, van	P. J. J. van Buuren, 'De tweewegenleer is niet van de baan', *NJB* 1991, p. 150 e.v.
Castermans/Krans	A. G. Castermans en H. B. Krans, 'Gemengde huurovereenkomsten', *NbBW*, 1998, nr. 7/8, p. 104-108.
Dambre	M. Dambre, 'Over huurgenot en woningkwaliteit' *THRB*, 2003, nr. 8, p. 143-151.
Dammingh	J. Dammingh, 'De makelaar als beheerder bij de verhuur van woningen', *WPNR*, 1999, 6345, p. 120 t/m 125.
Demolin	P. Demolin, 'Le contrat de franchise, Chronique de jurisprudence Française et Belge 1995–2000', *Les Dossiers du J.T.*, nr. 31, Brussel, Larcier, 2001, p. 61-71.
Dozy	R. A. Dozy, 'De opleveringsverplichting van de huurder', *WR,* 2002, nr. 9, p. 285 t/m 290.
Driessen	E. Driessen, 'Motiveringsplicht rechter bij afwijking zienswijze van door de rechter benoemde deskundige', *NbBW* jan. 2004, p. 6 t/m 8.
Dubarry	J.. C. Dubarry, *Computerrecht,* 1985-1, p. 24 e.v.
Duijnstee-van Imhoff	Z. H. Duijnstee-van Imhoff, 'De gebrekenregeling sinds 29 oktober 2002', *WR*, 2003, nr. 4, p. 85 t/m 89.
Eeken (1)	N. Eeken, 'Nieuw huurrecht bedrijfsruimte: goedkeuring van afwijkende bedingen', *Advocatenblad*, 2002/22, 29 november 2002.
Eeken (2)	N. Eeken, 'Branchebeschermingsovereenkomsten, bestemmingsclausules en de Mededingingswet' *WR*, 2003, nr. 7, p. 166 t/m 175.

Elferink	M. Elferink, 'De juridische status van normalisatienormen', *NJB*, 6 augustus 1999, afl. 28 , p. 1317 t/m 1320.
Erp, Van	J. H. M. van Erp, 'Wordt huur een verhandelbaar goed?', *WPNR*, 2000, 6407.
Evers	M. F. A. Evers, 'Van 1624- naar 290-bedrijfsruimte?!', *WR* 2000, p. 57-59.
Feuch	G. Feuch, 'Droit fédérale: Nouvelle réglementation de l'imposition des dividendes dans la convention de double imposition entre la Suisse et l'Allemagne', *Steuer Revue fiscale*, nr. 5/2003, p. 398.
Foriers	P. A. Foriers, 'Notion de bail et notions voisines', in: *Le bail: questions diverses*, C. U. P., vol. XXVIII, jan. 1999, p. 5 e.v.
Glansbeek	E. J. Glansbeek, *'De nieuwe Mededingingswet: einde van bestemmingclausules in huurcontracten?', WR*, 1999, 10, p. 270 t/m 274.
Grosheide	F. W. Grosheide, 'Franchising: zaken doen in camouflage', *IER*, 1, 1988, p. 1 t/m 6.
Hees, Van	J. van Hees, 'De huur van een winkel in een winkel' *WPNR*, 1988, 5889, p. 561 e.v.
Heiden, Van der	A. J. J. van der Heiden, 'Prognoses, eigen risico franchisenemer en zorgplicht franchisenemer nader belicht', *Prg.*, 2000, p. 111 t/m 120.
Hendriks	L. H. J. C. Hendriks, 'Dropping the corporate veil: de rol van concernbelangen in het huurrecht', *WR*, 2002, 6, p. 134-138.
Heyman	H.. W. Heyman, 'Wanneer is een gebouw of werk "duurzaam met de grond verenigd" ', in de bundel *Open normen in het goederenrecht*, 2000, p. 91-122.
Hoeden, Van der	E. van der Hoeden, 'Het ZAV-beleid, een hele klus', *Praktisch procederen*, 2003, 2.
Hoek, Van der	F. van der Hoek, 'Onderhuur in titel 7.4', *WR*, 2002, nr. 9, p. 273 t/m 278.
Hollander	P. Hollander, 'Possible Legislative Developments: Is Belgium Doomed to Become a Hell for Franchisors?', *International Journal Of Franchising And Distributional Law*, 2001, p. 47-52.
Horst, Van der	N. M. van der Horst, 'Het nieuwe huurrecht', *NTBR*, 1999, 3.
Hovius	T. E. Hovius, 'Het nieuwe huurrecht', *Advocatenblad*, 2003, nr. 1, p. 12-19.
Huydecoper	J. L. R. A. Huydecoper, 'Wat het zwaarst weegt', Mok-*aria*, Deventer, 2002, p. 97 t/m 105.
De Jong	G. T. de Jong, 'Wel of niet een ingebrekestelling: een doolhof met hoofdroutes', *NJB*, 13 april 2001, afl. 15.
Jongbloed	A. W. Jongbloed, 'Landlord and Tenant Law in the United States', *WR*, 1998, p. 121-125.
Jongbloed	A. W. Jongbloed, 'De toenemende invloed van het algemeen vermogensrecht op het huurrecht', *Praktisch Procederen*, 2000, 6, p. 134-140.
Jongbloed	A. W. Jongbloed, 'Nieuwe huurrecht, een feuilleton', *Praktisch procederen*, 2003, 2, p. 37-39.

Kloosterman	A. M. Kloosterman, 'Het nieuwe huurrecht tegen het licht van het algemene verbintenissenrecht', opgenomen in de bundel *Algemeen en Bijzonder. De wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, onder red. van G. T. de Jong e.a., CRBS-reeks deel 7, Den Haag, 2003, p. 83-97.
Kloosterman	A. Kloosterman, 'Oplevering van de woning aan het einde van de huurovereenkomst', *WR*, 1999, 4.
Knigge	A. Knigge, 'Aansprakelijkheid van franchisegevers', *Bedrijfsjuridische berichten*, 10 juli 2002, nr. 13.
Kortmann	S. C. J. J. Kortmann, 'Struikelt leasing over de dode letter van art. 3:84 lid 3 BW?', *WPNR*, 6119, 1995, p. 18-22.
Kronenberg	M. H. Kronenberg, *Maandblad voor het Notariaat* (*MvhN*), 1971, p. 173.
Kruimel	J. Kruimel, 'De gemeentelijke belastingen op roerende woon- en bedrijfsruimten zijn deels overbodig', *WFR*, 2002, p. 314-317.
Leeflang	F. J. Leeflang, 'Branchebeschermingsovereenkomsten in winkelcentra aan handen en voeten gebonden?', *Vastgoedrecht*, 1999, nr. 4, p. 66 t/m 69.
Maas	P.. L.. M. Maas, Huurkoop onroerende zaken, *WPNR*, 6189, 1995, p. 503-506.
Makkink	G. C. Makkink, 'Gebreken in gehuurde zaken naar komend recht', *WR*, 2001, 10, p. 281-289.
Merchiers	Y. Merchiers, 'Overzicht van rechtspraak 1977-81, Bijzonder en afwijkend Handelsrecht', *Tijdschrift voor Privaat Recht*, 1982, p. 784.
Meyer	E. de Meyer, 'Huurkoop en finance lease van onroerend goed', *Vastgoedrecht*, 1998, p. 181 t/m 184.
Mok	M. R. Mok, 'Mededingingsrecht en privaatrecht', *NTBR*, 2003/6, p. 306-312.
Monéger	J. Monéger, 'Le sort du loyer variable lors du renouvellement du bail commercial', *JCP*, éd. E. 1996, nr. 532.
Nauta/Duijnstee-van Imhoff	R. Y. Nauta en Z. H. Duijnstee-van Imhoff, 'Procedurele ontwikkelingen in de 28d Hw-procedure?', *WR*, 2001, p. 93-99.
Nijenhuis	M. Nijenhuis, 'De exploitatieverplichting van huurders van winkelruimten', *WR*, 2003, p. 57 t/m 60.
Pels Rijcken	L. F. Pels Rijcken, 'Bestaat er een publiekrechtelijk huurrecht?', *WR*, 1997, p. 259/260.
Rueb	Wetsvoorstel titel 7.4 BW, *WR*, 1998, p. 273-302
Six-Hummel	J. K. Six-Hummel, 'De onderhoudsverdeling tussen de verhuurder en huurder', *WR*, 2002, p. 267 t/m 272.
Slikkerveer	R. Slikkerveer, 'Vastgoedlease', *Vastgoedrecht*, 1998, p. 58 t/m 63.
Sloot/Steenmetser	M. Sloot en T. Steenmetser, 'Nonconformiteit bij huur; de relatie met koop (onderzoeksplicht en mededelingsplicht)', *Tijdschrift voor huurrecht bedrijfsruimte*, jaargang 1, juli 2004.
Snijders	W. Snijders, 'Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe BW', *Speculum Langemeijer*, 1973, p. 457-476.

Steenmetser/Sloot	T. H. G. Steenmetser en M. Sloot, 'Het nieuwe huurrecht (titel 7.4)', *NTBR*, 2003, p. 365-374.
Streefkerk	C. A. Streefkerk, 'Ingebrekestelling en verzuim bij wanprestatie', *NTBR* 2004, p. 2-32.
Tap	M. Tap, 'De stacaravan in Nederland van lust tot last', *NJB*, 2003, afl. 17, p. 883-884.
Tervoort	A. J. M. Tervoort, 'De nieuwe wettelijke regeling inzake personenvennootschappen', *Njb*, 21 februari 2003, p. 362-370.
Toorman	C. Toorman, 'Samenloop huur en franchise na invoering nieuw huurrecht', *HB*, 2004, 3, p. 68.
Troostwijk	H. Troostwijk, 'Artikel 122 Woningwet en de tweewegenleer', in: *In de sfeer van administratief recht*, 1994, p. 393-407.
Van den Broek/Bongers	M.. M. van den Broek en E. Bongers, 'Kabelnetwerkinfrastructuur on(t)roerend!', *WPNR*, 2003, 6540 p. 539 t/m 544.
Velten, Van	A. A. van Velten, 'De tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken gekortwiekt: gevolgen voor de verkoop van woningen', *WPNR*, 6189, 1995, p. 508.
Vincent/Dehan	L. Vincent en P. Dehan, 'Le Statut légal du leasing', *Journal des Tribunaux*, 3 februari 1968, p. 35-41
Verougstraete	I. Verougstraete, 'Le contrat de leasing', *Revue de la Banque*, 1969, p. 613-614.
Verougstraete	I. Verougstraete, I., 'Privaatrechtelijke aspecten van finance leasing in België', *Ts.v.Pr.*, nr. 4, 1973, blz. 741-780.
Waal, De	C. L. J. M. de Waal, 'De huurovereenkomst als schonegrondverklaring', *WR*, 2001, p. 65-68.
Waal, De	C. L. J. M. de Waal, 'Titel 7.4: In welke staat gehuurd?', *WR*, 2001, p. 221-223.
Waal, De	C. L. J. M. de Waal, 'Dringende werkzaamheden en renovatie', *WR*, 2002, p. 279 t/m 284.
Wees, Van	H. T. H. van Wees, 'Burengeluiden', *Vastgoedrecht*, 1996, p. 127 t/m 128.
Wieleman	H. H. H. Wieleman, 'De jaarrekening van onroerend goed beleggingsmaatschappijen', *Maandblad voor accountancy en bedrijfseconomie*, 1990, p. 114 t/m p. 122.
Wolfert	E. C. M. Wolfert, 'Van Slis-Stroom (1984) tot Coöperatie Beatrix-ziekenhuis/ProCall (2003; het einde van een tijdperk?', *WPNR*, 2003, 6541, p. 559-563.
Zuidema	Tj. Zuidema, 'Invoeringswet titel 7.4 (Huur) van het Burgerlijk Wetboek en de Uitvoeringswet huurprijzen woonruimte', *WR*, 2002, p. 1-6.

Jurisprudentieregister

(In dit overzicht is alleen de in Nederland verschenen jurisprudentie opgenomen.)

Hoge Raad der Nederlanden

18 oktober 1872, W 3519	173
16 november 1923, NJ 1924, p.131	32
26 april 1928, NJ 1928, p. 939	31, 32
18 november 1937, NJ 1938, 269	195
26 juni 1953, NJ 1953, 634	29
20 november 1953, NJ 1953, 788	364
15 november 1957, NJ 1958, 67	290
17 maart 1961, 237	30
9 maart 1964, NJ 1964, 215	29
8 november 1968, NJ 1969, 11	32
13 april 1972, NJ 1972, 271	312
23 juni 1972, NJ 1972, 505	459
26 oktober 1972, NJ 1973, 48	416
24 november 1972, NJ 1973, 102	171
21 juni 1973, NJ 1974, 408	312
4 december 1973, NJ 1974, 127	377
5 december 1973, NJ 1973, 154	373
17 mei 1974, NJ 1975, 238	464
26 juni 1974, NJ 1975, 95	173
21 maart 1975, NJ 1976, 464	303
16 mei 1975, NJ 1975, 436	30
16 mei 1975, NJ 1975, 437	31
20 juni 1975, NJ 1975, 476	234
24 oktober 1975, NJ 1976, 137	319
22 juli 1976, NJ 1977, 6	256, 460
24 september 1976, NJ 1977, 115	355
19 november 1976, NJ 1977, 161	30
2 december 1977, NJ 1979, 103	256, 258
2 december 1977, NJ 1978, 149	254
9 december 1977, NJ 1978, 275	319
23 december 1977, NJ 1979, 411	319, 320
16 juni 1978, NJ 1979, 22	372
15 december 1978, NJ 1979, 195	278
2 februari 1979, NJ 1979, 508	320
23 maart 1979, NJ 1979, 482	195
27 april 1979, NJ 1979, 493	308, 313

4 mei 1979, NJ 1979, 509 239
8 juni 1979, NJ 1979, 494 337
19 oktober 1979, NJ 1980, 125 327
21 december 1979, NJ 1980, 103 337
4 januari 1980, NJ 1980, 347 231
18 januari 1980, NJ 1980, 349 335
10 oktober 1980, NJ 1981, 150 322
12 december 1980, NJ 1981, 361 327
19 december 1980, NJ 1981, 266 408
30 januari 1981, NJ 1981, 378 235, 237, 249
30 januari 1981, NJ 1981, 393 389
13 maart 1981, NJ 1981, 635 34, 119, 287, 290
30 juni 1981, NJ 1981, 393 31
24 augustus 1981, NJ 1982, 122 401
2 oktober 1981, NJ 1982, 186 240
9 oktober 1981, NJ 1982, 193 327
8 januari 1982, NJ 1982, 373 148
8 januari 1982, NJ 1982, 445 306
7 mei 1982, NJ 1983, 478 161
18 juni 1982, NJ 1982, 545 402
1 oktober 1982, NJ 1983, 76 394
10 december 1982, NJ 1983, 215 408, 416, 423
22 april 1983, NJ 1983, 666 399
29 april 1983, NJ 1983, 627 303
13 mei 1983, NJ 1983, 713 394
23 september 1983, NJ 1984, 309 245, 249
14 oktober 1983, NJ 1984, 107 375
14 oktober 1983, NJ 1984, 253 241
14 oktober 1983, NJ 1984, 736 363
4 november 1983, NJ 1984, 271 335
24 februari 1984, NJ 1984, 787 423, 424, 426
24 februari 1984, NJ 1984, 788 408, 409
27 april 1984, NJ 1984, 679 295
1 juni 1984, NJ 1985, 31 237, 249, 259
22 juni 1984, NJ 1984, 766 190, 372
4 januari 1985, NJ 1985, 789 185
19 april 1985, NJ 1985, 580 327
17 juli 1985, NJ 1986, 469 227
20 september 1985, NJ 1986, 261 318
11 oktober 1985, NJ 1986, 40 403
11 oktober 1985, NJ 1986, 105 333
25 oktober 1985, NJ 1986, 71 413
1 november 1985, NJ 1986, 294 327
15 november 1985, NJ 1986, 228 294
29 november 1985, NJ 1986, 276 290
16 mei 1986, NJ 1986, 628 242
16 mei 1986, NJ 1986, 779 183, 185, 193
15 juli 1986, NJ 1987, 20 419

12 december 1986, NJ 1987, 357 331
8 januari 1987, NJ 1987, 619 251
6 februari 1987, NJ 1987, 979 245, 248, 249, 257, 463
6 maart 1987, NJ 1987, 971 413, 414, 427
10 april 1987, NJ 1988, 19 336
10 april 1987, NJ 1988, 148 290
19 juni 1987, NJ 1988, 72 31, 240
8 juli 1987, NJ 1988, 236 279
9 oktober 1987, NJ 1988, 253 279
11 maart 1988, NJ 1988, 895 183
10 juni 1988, NJ 1988, 965 195
21 oktober 1988, NJ 1990, 439 296
20 januari 1989, NJ 1989, 322 286
24 februari 1989, NJ 1989, 435 322
10 maart 1989, NJ 1989, 490 336
7 april 1989, NJ 1989, 552 372, 375
16 juni 1989, NJ 1990, 653 451
23 juni 1989, NJ 1991, 673 293
13 oktober 1989, NJ 1990, 494 394, 400, 419, 420, 422, 424, 425
20 oktober 1989, NJ 1989, 898 399, 403, 407, 414
3 november 1989, NJ 1990, 161 308, 312, 325, 331
10 november 1989, NJ 1990, 110 414
10 november 1989, NJ 1990, 273 28, 31, 240, 389
26 januari 1990, NJ 1991, 393 120
20 april 1990, NJ 1990, 701 270
11 mei 1990, NJ 1990, 530 399, 411
9 juli 1990, NJ 1991, 198 427
10 augustus 1990, NJ 1991, 229 301
4 januari 1991, NJ 1991, 252 414, 417
18 januari 1991, NJ 1991, 609 400
25 januari 1991, NJ 1991, 356 315
8 februari 1991, NJ 1991, 297 369, 372, 373
31 mei 1991, NJ 1991, 678 30, 226
8 juli 1991, NJ 1991, 691 119, 120
8 juli 1991, NJ 1991, 763 422
22 juli 1991, NJ 1991, 748 364
22 juli 1991, NJ 1991, 749 458
25 oktober 1991, NJ 1992, 120 322, 422, 423
25 oktober 1991, NJ 1992, 148 313
8 november 1991, NJ 1992, 34 30
18 februari 1992, NJ 1994, 423 419
6 maart 1992, NJ 1992, 373 414
6 maart 1992, NJ 1992, 273 400
10 april 1992, NJ 1992, 443 318, 318
8 mei 1992, NJ 1992, 690 373
15 mei 1992, NJ 1992, 727 236, 330
26 juni 1992, NJ 1992, 726 28, 41, 282, 330, 390
10 augustus 1992, NJ 1992, 715 359

6 november 1992, NJ 1993, 578 399, 419, 420, 424
18 december 1992, NJ 1993, 176 332
15 januari 1993, NJ 1994, 228 43, 251
22 januari 1993, NJ 1993, 456 33
5 februari 1993, NJ 1993, 506 377
26 februari 1993, NJ 1993, 318 330, 400, 419, 420
26 februari 1993, NJ 1993, 579 34, 312, 421
26 februari 1993, NJ 1993, 581 329
19 maart 1993, NJ 1993, 508 237
7 mei 1993, NJ 1993, 401 323
7 mei 1993, NJ 1993, 402 328
4 juni 1993, NJ 1993, 582 159
18 juni 1993, NJ 1993, 614 229, 307
1 juli 1993, NJ 1995, 43 195
10 september 1993, NJ 1996, 3 293
22 oktober 1993, NJ 1994, 212 282, 394
5 november 1993, NJ 1994, 228 34
12 november 1993, NJ 1994, 155 161
26 november 1993, NJ 1994, 124 464
24 december 1993, NJ 1994, 215 235, 465
31 december 1993, NJ 1994, 317 359, 399
28 januari 1994, NJ 1994, 421 255
11 februari 1994, NJ 1994, 651 372
25 februari 1994, NJ 1994, 451 148
25 maart 1994, NJ 1994, 391 303
6 april 1994, NJ 1995, 728 340
22 april 1994, NJ 1994, 756 119, 183
10 augustus 1994, NJ 1994, 688 121, 296
9 november 1994, NJ 1996, 175 340
30 november 1994, NJ 1995, 610 339
30 november 1994, NJ 1995, 668 340
9 december 1994, NJ 1995, 197 287
16 december 1994, NJ 1995, 185 391
24 februari 1995, NJ 1995, 431 319
10 maart 1995, NJ 1995, 433 177
10 maart 1995, NJ 1995, 550 234, 237
21 april 1995, NJ 1995, 437 31
4 mei 1995, Prg. 1995, 4422 31
12 mei 1995, NJ 1995, 497 369
19 mei 1995, NJ 1996, 119 98
16 juni 1995, NJ 1995, 582 373, 374
16 juni 1995, NJ 1995, 705 226, 240
8 september 1995, NJ 1996, 567 301, 303
22 december 1995, NJ 1997, 22 427
15 maart 1996, NJ 1996, 639 106
12 april 1996, NJ 1996, 450 456
15 april 1996, NJ 1996, 302 31
19 april 1996, NJ 1996, 684 286, 351

26 april 1996, NJ 1996, 630 413, 427
10 mei 1996, NJ 1996, 670 411, 414, 417
14 juni 1996, NJ 1996, 729 293
6 september 1996, NJ 1997, 82 419
27 september 1996, NJ 1997, 81 394
4 oktober 1996, NJ 1997, 103 242, 247, 250
13 december 1996, NJ 1997, 557 316, 318
3 januari 1997, NJ 1997, 208 331
24 januari 1997, NJ 1997, 558 43, 323, 391
31 januari 1997, NJ 1998, 545 118
7 februari 1997, NJ 1997, 424 235
4 april 1997, NJ 1997, 608 197
6 juni 1997, NJ 1998, 128 147, 162, 164
6 juni 1997, NJ 1997, 612 195
24 oktober 1997, NJ 1998, 69 192
31 oktober 1997, NJ 1998, 97 231
24 november 1997, NJ 1998, 148 323
2 december 1997, NJ 1979, 103 224
9 januari 1998, NJ 1998, 363 178, 185, 288
20 februari 1998, NJ 1998, 493 32, 121, 295
20 februari 1998, NJ 1998, 740 226, 235, 239
10 april 1998, NJ 1998, 666 167
15 mei 1998, NJ 1999, 672 464
26 juni 1998, NJ 1998, 728 190, 236
22 oktober 1998, NJ 2000, 209 235
23 oktober 1998, NJ 1998, 872 400, 414, 416
30 oktober 1998, NJ 1999, 83 464
27 november 1998, NJ 1999, 197 358, 359
11 december 1998, NJ 1999, 642 395
12 februari 1999, NJ 1999, 366 372, 374
10 september 1999, NJ 1999, 735 464
22 oktober 1999, NJ 2000, 209 460
11 februari 2000, NJ 2000, 276 422
25 februari 2000, NJ 2000, 471 288
31 maart 2000, NJ 2000, 497 464
14 april 2000, NJ 2000, 408 en 409 372
28 april 2000, NJ 2000, 690 195
14 juli 2000, NJ 2000, 715 464
6 oktober 2000, NJ 2000, 691 150
20 oktober 2000, NJ 2000, 692/WR 2001, 12 318
20 april 2001, NJ 2001, 361 389, 401
15 juni 2001, NJ 2001, 435 401
15 juni 2001, NJ 2001, 478 391
22 juni 2001, NJ 2001, 585 315, 317
22 juni 2001, WR 2001, 56/NJ 2001, 586 316
5 oktober 2001, RvdW 2001, 151 174
7 december 2001, NJ 2002, 567 338
11 januari 2002, NJ 2003, 255 359

25 januari 2002, NJ 2003, 31 37
28 juni 2002, NJ 2002, 480/WR 2002, 64 415, 420
12 juli 2002, NJ 2002, 457 313, 314, 336
4 oktober 2002, NJ 2002, 611 287, 376
25 oktober 2002, NJ 2003, 241 232
8 november 2002, NJ 2002, 623 356
1 november 2002, NJ 2004, 114 307
29 november 2002, NJ 2003, 78 326
29 november 2002, RvdW 2002, 198/WR 2003, 18 326
28 februari 2003, RvdW 2003, 42 232
21 maart 2003, RvdW 2003, 57 333
25 april 2003, WR 2003, 52/JHV 2004, 35 258
6 juni 2003, nrs. 36075 en 36076, Vakstudie Nieuws 2003/.34-16 en 17 232
13 september 2003, NJ 2004, 18/JHV 2004, nr. 104 399
26 september 2003, NJ 2004, 21 287
3 oktober 2003, NJ 2003, 720/WR 2003, 11 43
3 oktober 2003, WR 2003, 78 195, 251, 465
24 november 2003, NJ 2004, 74/JHV 2004, 105 399
28 november 2003, WR 2004, 12 288
5 december 2003, NJ 2004, 75 192
25 juni 2004 JHV 2004, 9, nr. 287 103
24 september 2004, Jin 2004, 30 22
17 december 2004, RvdW 2005, 5 449

Gerechtshoven

Amsterdam

24 oktober 1985, NJ 1987, 420 149
12 juli 1990, KG 1990, 333 31
1 november 1990, NJ 1991, 535 30
15 juli 1993, NJ 1994, 399/WR 1993, 67 366
25 november 1993, NJ 1994, 677 149
12 juli 1994, WR 1995, 42 458
17 november 1994, Prg 1995, 4360 118
4 mei 1995, Prg 1995, 4422 31
7 maart 1996, KGK 1996, 1398 226
22 mei 1997, KG 1997, 196 229
26 juni 1997, KG 1997, 223/WR 1998, 27 235, 251
19 februari 1998, Prg 1998, 5038 457
9 december 1999, Prg 2001, 5734 173
23 maart 2000, Prg 2002, 5883 183
11 mei 2000, Prg 2002, 5874 275
15 februari 2001, rolnr. 99/0608 (n.g.) 131
30 mei 2002, WR 2002, 65 189
20 februari 2003, WR 2003, 38 456, 464
20 maart 2003, WR 2003, 69 225
28 augustus 2003, WR 2003, 84 374
8 april 2004, Prg 2004, 6252 420

Arnhem
2 april 1996, Agrarisch Recht 1997, 4860 38
31 augustus 1999, rolnr. 98/890 (n.g.) 37
13 mei 2003, WR 2003, 51 449

Den Bosch
12 juni 1985, NJ 1986, 824 280
12 juni 1985, NJ 1985, 828 279
9 oktober 1990, KG 1990, 377/Prg 1990, 3557 364
18 juli 1995, NJ 1996, 289 375
13 februari 1996, KG 1996, 111 119
16 september 1997, KG 1997, 385 230
28 december 1999, rolnr. C9 801 019/HER, Prg. 2000, p.111-120 37
12 februari 2003, WR 2003, 69 225
11 januari 2005, LJN: AS 2622 397

Den Haag
22 juni 1983, Prg 1983, 2031 246
21 februari 1985, NJ 1987, 776 370, 378
1 november 1985, Prg 1986, 2432 279
8 januari 1987, NJ 1988, 619 229, 244, 246
8 april 1992, Prg 1993, 3852 235
7 juni 2001, Vakstudie Nieuws 2001/52-20 231
11 april 2003, Prg. 2003, 6115 / NJ-kort 1999, 88 288
25 april 2003, Prg. 2003, 6105/JHV 2004, 76 287
15 augustus 2003, Prg. 2003, 6125 359

Leeuwarden
24 april 1968, NJ 1969, 201 119

President Rechtbank en Voorzieningenrechter

Amsterdam
30 juli 1992, KG 1992, 268 372
28 april 1994, KG 1994, 181 234, 235
27 oktober 1994, WR 1995, 93 247
29 november 1994, KG 1994, 450 366
13 februari 1997, WR 1997, 57 235
18 juni 1998, WR 1999, 24 173
Voorzieningenrechter 21 februari 2002, WR 2002, 47 236
Voorzieningenrechter 13 maart 2003, WR 2003, 41 371

Arnhem
14 september 1984, KG 1984, 283 246, 257
6 juni 1986, KG 1986, 286 364
13 februari 1992, KG 1992, 99 366
6 maart 1996, JOR 1997, 56 389
6 maart 1997, KG 1997, 134 366, 374

Assen
Voorzieningenrechter 17 december 2002, Prg 2003, 5999 30

Den Bosch
7 februari 1972, NJ 1972, 440 461

Breda
12 april 1985, KG 1985, 159 257
6 februari 1998, Prg 1998, 4934, WR 1998, 7 450
6 oktober 1992, NJ 1993, 392 172

Den Haag
13 mei 1988, KG 1988, 241 149
24 januari 1989, KG 1989, 90 279
23 november 1994, KG 1994, 453 360
11 maart 1996, JOR 1996, 37 372
28 december 1999, WR 2000, 81 449

Haarlem
9 april 1986, KG 1986, 225 227, 244
23 december 1986, KG 1987, 69 351
21 december 1990, KG 1991, 61 248
12 juli 1991, KG 1991, 276 149
19 november 1991, KG 1992, 30 149

Leeuwarden
6 februari 1992, NJ 1993, 343 226
27 april 1993, Prg 1993, 3881 31
9 april 1998, KGK 1998, 1479 449
2 mei 2001, Prg. 2001, 5706, WR 2001, 84 258
Voorzieningenrechter 4 maart 2003, KG 2003, 111 304

Maastricht
16 augustus 1999, WR 1999, 88 449
23 maart 2003, KG 2003, 109 365

Middelburg
9 juni 1989, KG 1989, 269 149

Roermond
14 november 1983, KG 1983, 354 364

Rotterdam
11 juli 2000, WR 2000, 69 362

Utrecht
15 oktober en 19 november 1992, KG 1993, 56 173
18 februari 1999, 5149 458

25 oktober 2001, Prg 2002, 5852 296
28 oktober 2001, WR 2002, 6 235
Voorzieningenrechter 24 mei 2002, KG 2002, 182 40
Voorzieningenrechter 5 augustus 2002, Prg. 2003, 6010 365
Voorzieningenrechter 15 augustus 2002, WR 2002, 72 43
Voorzieningenrechter 19 september 2002, WR 2003, 16 456
Voorzieningenrechter 20 september 2002, KG 2002, 285 148, 153
Voorzieningenrechter 6 februari 2003, KG 2003, 83 296

Zutphen
19 december 1994, WR 1995, 54 172
26 juni 2001, KG 2001, 218; Prg 2000, 5733; WR 2001, 73 173

Zwolle
18 februari 1987, NJ 1987, 897 352

Rechtbank (bodemprocedures in appèl)

Alkmaar
28 september 1972, Prg 1973, 803 318
6 januari 1994, Prg 1995, 4333 421
9 februari 1994, WR 1994, 33 236
3 april 1997, WR 1997, 67 372
18 september 1997, WR 1998, 13 235

Almelo
3 januari 1996, WR 1997, 47 456
18 december 2002, NJ 2003, 100 289

Amersfoort
27 juli 1949, NJ 1950, 759 161

Amsterdam
21 juni 1978, Prg 1978, 1304 235, 240
6 december 1978, NJ 1980, 3 en Prg 1980, 1520 318
4 juli 1984, NJ 1985, 327/Prg 1985, 2258 235
17 juli 1985, NJ 1986, 469 229
30 oktober 1991, WR 1992, 3 106
9 februari 1994, WR 1994, 33 236
5 oktober 1995, Prg 1995, 4420 40
6 december 1995, WR 1996, 59 413
11 september 1996, WR 1997, 27 375
25 september 1996, WR 1997, 28 372, 377
30 oktober 1996, WR 1997, 43 43
4 december 1996, WR 1997, 38 304
22 mei 1997, KG 1997, 196 229
4 maart 1998, WR 1998, 60 369, 374
5 augustus 1998, WR 1999, 46 43

17 oktober 1998, WR 1999, 27 427
28 oktober 1998, WR 1999, 69 464
3 november 1999 en 4 oktober 2000, WR 2001, 16 322
4 april 2000, WR 2001, 48 465
4 oktober 2000, WR 2002, 16 317
29 november 2000, WR 2001, 26 324, 330
25 april 2001, WR 2001, 57 465
12 september 2001, WR 2002, 32 250, 255
16 januari 2002, WR 2002, 45 43
6 maart 2002, WR 2002, 40 360, 465
9 oktober 2002, WR 2003, 21 185
20 november 2002, WR 2003, 39 427
3 oktober 2003, NJ 2003, 720/WR 2003,11 43

Arnhem
21 juli 1977, Prg 1980, 1470 312
6 maart 1986, NJ 1987, 783 227, 244
12 juli 1990, Prg 1990, 3333 316
22 juli 1990, Prg 1990, 3333 318
24 januari 1991, Prg 1991, 3407 305
27 januari 2000, Prg 2000, 5512 316

Assen
17 juli 1990, NJ 1991, 181 321
14 september 1998, NJ-kort 1999, 88 288

Den Bosch
12 september 1984, NJ 1986, 49 327
26 april 1989, Prg 1989, 3174 329
5 juni 1991, Prg 1991, 3492 238, 392
12 juni 1991, Prg 1991, 3525 408

Den Haag
8 juli 1986, NJ 1988, 248 394
29 april 1997, WR 1997, 87 251
14 juli 1999, WR 2000, 72 366
8 februari 2002, Prg 2002, 5840 183
13 november 2002, Prg. 2003, 6012 339

Dordrecht
23 mei 2001, WR 2001, 85 340

Groningen
10 november 1995, WR 1996, 60 376

Haarlem
7 juni 1946, NJ 1946, 665 161
23 december 1975, NJ 1976, 390 375

1 augustus 1989, NJ 1990, 821/Prg 1989, 3150 245, 257, 293
22 mei 2001, WR 2001, 75 313

Leeuwarden
2 mei 2001, WR 2001, 84/Prg 2001, 5706 258

Maastricht
23 april 1987, rolnr. 460/1985 227
16 augustus 2001, WR 2002, 7 449

Middelburg
12 mei 1999 en 2 november 2000, Prg 2001, 5620 38
8 augustus 2001, Prg. 2001, 5786 360
31 juli 2002, NJ 2003, 13 366

Rotterdam
24 januari 1973, Prg 1973, 890 230
23 november 1973, Prg 1974, 909 280
22 mei 1984 Prg 1986, 2431 279
12 september 1996, WR 1998, 9 254
14 oktober 1999, Prg 2000, 5407 456
14 november 2002, WR 2003, 20 359

Sneek
20 augustus 1947, NJ 1948, 323 161

Utrecht
21 maart 1973, NJ 1973, 444 373
20 januari 1999, Prg 1999, 5112 37
21 april 1999, WR 1999, 71 449
14 maart 2001, WR 2001, 65 313, 321, 329
23 mei 2001, WR 2002, 11 31
6 juni 2001, WR 2001, 92 278
15 augustus 2001, WR 2002, 2 365
19 september 2001, WR 2002, 33 340
7 augustus 2002, WR 2003, 15 323

Zutphen
27 december 1990, Prg 1991, 3433 417
19 juni 1997, Prg 1998, 4901, WR 1998, 26 280
20 juni 2002, WR 2003, 19 152

Zwolle
18 februari 1987, NJ 1987, 897 274
3 april 2002, Prg 2002, 5913 232

Sectoren kanton (bodemprocedures)

Alkmaar
16 augustus 1995, WR 1995, 102 327, 334

Almelo
13 juli 1995, WR 1996, 18 281
14 november 1997, Prg 1997, 4769 334

Amersfoort
1 november 2000, Prg 2001, 5596 227

Amsterdam
24 september 1971, Prg 1971, 1932 242
12 november 1971, Prg 1972, 754 235
17 mei 1974, Prg 1974, 996 377
3 september 1976 en 10 december 1976, Prg 1977, 1185 173
23 december 1976, Prg 1977, 1209 238
25 februari 1981, Prg 1981, 1686 173, 248
3 juni 1986, Prg 1989, 3018 174
10 maart 1993, KG 1993, 139 337
3 augustus 1993, Prg. 1993, 3955t 357
1 december 1994, WR 1995, 20 376
13 april 1995, WR 1995, 69 235
9 mei 1995, WR 1995, 77 (Prg 1995, 4359) 340
1 maart 1996, Prg 1996, 4537 235, 241
20 september 1996, rolnr. 92-2343 (n.g.) 425
17 december 1996, WR 1997, 50 173
14 februari 1997, WR 1998, 16 460
8 april 1997, WR 1997, 76 173
15 april 1997 en 2 september 1997, Prg 1997, 4857/WR 1998, 7 294
20 januari 1998, WR 1998, 69 318
11 februari 1998, WR 1998, 78 396
12 maart 1998, KG 1998, 115 456
2 juni 1998, Prg 1998, 4996 372
27 mei 1999, WR 2001, 16 322
11 april 2000, WR 2001, 27 463
9 augustus 2000, rolnr. 99/5708 (n.g.) 121, 131
21 januari 2001, WR 2002, 26 274
5 februari 2001, WR 2001, 28 463
15 februari 2001, rolnr. 99/0608 (n.g.) 121
21 maart 2001, WR 2001, 53 173
27 april 2001, WR 2001, 82 459
14 september 2001, WR 2002, 24 376
23 mei 2002, EA 02-2264 (n.g.) 251
21 juni 2002, WR 2003, 8 399
14 november 2002, WR 2003, 43 157
28 november 2002 456

14 april 2003, WR 2003, 65 372
23 juli 2003, WR 2003, 85 151
26 augustus 2003 377

Apeldoorn
4 juni 1997, Prg 1998, 5037 456
17 december 1997, WR 1998, 36 416
2 oktober 2002, Prg 2003, 5976 226, 307

Arnhem
12 oktober 1983, Prg 1983, 2086 415
8 februari 1984, Prg 1984, 2114 327
4 december 1995, WR 1996, 58 313, 336
26 januari 1998, WR 1998, 68 360
15 mei 2000, NJk 2000, 57 275
15 mei 2000, Prg. 2000, 5499 274
20 november 2003, JHV 2004, 151/WR 2004, 17 454

Bergen op Zoom
11 juli 2001, WR 2001, 74 460

Boxmeer
3 juli 2001, WR 2001, 83 238

Breda
14 november 2001, WR 2002, 34 377

Delft
17 december 1992, Prg 1993, 3892 254
23 mei 1996, Prg 1996, 4636 235
30 oktober 1997, WR 1999, 18 96

Den Bosch
9 augustus 1994, Prg 1995, 4227 289
23 oktober 2003, Prg. 2004, 6148 253

Den Haag
12 september 1992, Prg 3756 359
7 oktober 1992, Prg 1992, 3757 359
9 december 1992, Prg 1993, 3808 293
17 mei 1995, Prg 1998, 4918 318
18 januari 1996, WR 1996, 57 289, 302, 314
4 november 1998, Prg 1999 148
23 maart 2000, WR 2001, 8 252, 259, 459
10 mei 2001, Prg 2001, 5747 351
23 mei 2001, Prg. 2001, 5740 310

Deventer
2 mei 2002, Prg 2002, 5882 296

Dordrecht
20 februari 1986, Prg 1986, 2470
6 februari 1997, WR 1997, 68 374
21 augustus 2003, Prg. 2003, 6125 359

Eindhoven
20 april 1983, Prg 1983, 1973 272
4 juli 1991, Prg 1992, 3779 311
27 mei 2003, Prg. 2003, 6109 359

Emmen
28 juni 1995, WR 1995, 109 331
2 juli 1997, Prg 1998, 5014 32, 295

Gorinchem
28 oktober 1991, Prg 1992, 3623 40

Gouda
18 januari 1996, WR 1996, 67 327, 329
11 januari 2001, WR 2001, 44 449
10 april 2003, zaak- en rolnr. 210604/01-768 (n.g.) 171
17 november 2003, JHV 2004, 32/WR 2004, 18 273

Groenlo
2 december 1996, WR 1997, 29 235, 236

Groningen
13 maart 1978, Prg 1978, 1275 258
2 oktober 1991, Prg 1993, 3956 293
6 mei 1993, Prg 1993, 3932 313
21 maart 1996, WR 1996, 77 329

Haarlem
3 april 1996, Prg. 1996, 4561 270
22 mei 2001, WR 2001, 75 313

Heerenveen
30 oktober 2003, JHV 2004, 118/WR 2004, 8 246

Heerlen
15 april 1981, NJ 1981, 438 256

Hilversum
20 maart 1979, NJ 1980, 153 378
27 juni 2000, WR 2001, 54 235, 246

30 juli 2993, Prg. 2003, 6103/JHV 2004, 33 253

Hoorn
31 januari 1973, Prg 1973, 869 258
14 februari 1975, Prg 1976, 1040 235
16 juni 1997, Prg 1998, 5067 360

Leeuwarden
3 september 1992, Prg 1993, 3768 416, 420

Leiden
6 augustus 1980, Prg 1981, 1537 255
19 december 1990, NJ 1991, 571 366
15 mei 1996, WR 1997, 12 288

Lelystad
28 december 1994, WR 1995, 78 329
10 juli 1996, WR 1997, 10 375
22 maart 2001, Prg 2001, 5679 274

Maastricht
23 november 1966m NJ 1966, 257 119
3 oktober 1974, NJ 1975, 446 276
28 november 1984, Prg 1987, 2730 227, 244
9 oktober 1996, WR 1997, 39 372
4 maart 1998, WR 1998, 52 374
11 december 2002, WR 2003, 26 242
20 augustus 2003, WR 2004, 16 162

Meppel
4 juni 1987, Prg 1987, 2766 364, 366
27 februari 1992, Prg 1992, 3637 394
22 november 1993, KG 1994, 38 373

Middelburg
29 oktober 1991, Prg 1992, 3563 310
24 november 1992, Prg 1993, 3805 414

Rotterdam
15 augustus 1972, Prg 1973, 787 274
10 december 1975, onbekend zaak- en rolnr. (n.g.) 327
12 mei 1976, Prg 1976, 1097 248
10 februari 1978, Prg 1979, 1400 248
16 oktober 1980, NJ 1981, 182 229, 260
14 april 1982, Prg 1982, 1804 254
8 december 1983, Prg. 1984, 2052 119
22 oktober 1993, NJ 1994, 772 456
28 februari 1995, Prg 1995, 4411 366

14 juli 1995, WR 1995, 103 290
14 juli 1995, Prg. 1995, 4489 40
20 juli 1995, WR 1995, 100 254
25 oktober 2001, Prg 2002, 5813 en WR 2002, 16 318
23 januari 2003, Prg. 2003, 6011 296

Schiedam
8 juli 1986, WR 1986, 110 331
26 mei 2000, Prg 2000, 5574 456
22 augustus 2000, zaaknr. 306933/TV (n.g.) 365

Terneuzen
3 april 1996, Prg 1996, 4596 40
3 september 1997, Prg 1998, 4911 235

Tiel
15 april 1998, NJ-kort 1998, 50 en Prg 1998, 4968 259
22 april 1998, WR 1998, 65 227
6 augustus 2003, WT 2004, 9 322

Tilburg
3 juni 1982, Prg 1982, 1846 302
15 november 2001, Prg 2002, 5839 255

Utrecht
3 februari 1994, Prg 1994, 4067 282
24 oktober 1994, WR 1995, 21 400
5 oktober 1995, WR 1996, 30 324
21 mei 1997, WR 1998, 8 252
21 mei 1997, WR 1998, 15 391, 392
4 juni 1997, WR 1998, 17 415
5 september 2001, WR 2002, 73 337
3 oktober 2001, WR 2003, 9 148
15 januari 2003, WR 2003, 40 152
31 januari 2003, rekestnr. 280856/02-11674 (n.g.) 456
12 november 2003, Prg. 2003, 6140 301
19 december 2003, WR 2004, 41 397

Zutphen
9 april 2002, WR 2003, 17 372

Zwolle
18 december 1990, Prg 1991, 3524 271, 302
7 februari 1995, WR 1995, 80 415
18 mei 1999, WR 2000, 44 322
15 januari 2003, WR 2003, 32 460
31 augustus 2004, Prg 2004, 6304 296

Trefwoordenregister

A

A1-lokatie 413
aandelenoverdracht 316
aangetekende brief 300
aanlegsteiger 232
aanlegwerkzaamheden 226
aanloopkosten 336
aanschrijving (bij gebreken) 153, 174
aansprakelijkheid verhuurder (bij gebreken) 163
aanvangshuurprijs 330, 388
aanvullende werking redelijkheid en de billijkheid 286
aard van het bedrijf (bij de indeplaatsstelling) 375
absorptieregel 43
advies- en bijstandsverplichting 37
afbraak van het object 339
afhankelijke woning 253, 391
afnamebeding 191
afstand van huur 189
afwijkend beding 274
akte tot indeplaatsstelling 370
algemene beginselen van behoorlijk bestuur 119
allonge 370, 378
ambachtsbedrijf 234, 245, 247-248, 255
ambtshalve 269
assortimentsafspraak 446

B

bagatelbepaling 447
Bedrijfshuuradviescommissie 392, 395, 406
bedrijfsruimte in de zin van art. 7.230a BW 451-466
bedrijfsschade bij gebreken 163
beëindiging na opzegging 299-350
belangenafweging 308, 313, 319, 324, 339, 463
beleggingsvennootschap 318
beschermingsgedachte 376
bestemmingsclausule 235
bevoegdelijke onderhuurder 325
bijzondere geschiktheid (bij nadere huurprijsvaststelling) 426
bijzondere omstandigheden (bij nadere huurprijsvaststelling) 274, 418
boekwaarde 302

botsende rechten op levering 148
bouwtechnische verbondenheid 254
branchebeschermingsbepalingen 446
branchevervaging 445
brandschade 194
brouwerijcontract 275, 278, 371

C
c.v.-onderhoud 179, 182
causaliteit 338
compensatie (bij herdefiniëring gebrek) 166
complexe objecten 185
complexgewijze renovatie 187
concessieovereenkomst 227
constructieve afstemming 232
contractsoverdracht 374
contractuele bestemming 234, 310
conversie 303
cumulatieleer 33
curator 363

D
derden (aansprakelijkheid huurder voor) 198
deskundigenbenoeming 397
detaihandelsbedrijfsruimte 38, 223, 227, 339, 389, 425
dienstruimte 252
dringend eigen gebruik 184, 308, 312, 315
dringende werkzaamheden 182
drugspanden 362
dubbele verhuur 148
duur van de verlenging 266
duurzaam gebruik 318
dwaling 291
dwingend recht 62
dwingendrechtelijke opzeggingsregime 281

E
economisch verband 391
economische restwaarde 173
eigen gebruik, wil tot 336
eigenlijke methode 425
energiebesparende verbeteringen 427, 454
Erecode 36
erfopvolging 315
erfpacht 326
exceptie van beraad 353
exclusieve afnameverplichting 36
exploitatie- annex franchiseovereenkomst 275

externe vergelijkingsmethodiek 418

F
faillissement van de huurder 363
feitelijke stoornis 175
formulewijziging 321
franchise- annex exploitatieovereenkomst 40
franchising 34
funderingen 227
fusie

G
gebrek (definitie) 150, 165
gebruik conform bestemming 39
gedaante en inrichting 177
gedoogplicht van (complexgewijze) renovaties 184
geliberaliseerde overige bedrijfsruimte 451
gemengde huurovereenkomst 42
gemengde overeenkomst 33
gemiddelde huurprijs 407
generieke ontheffing 449
genot 29
geschorste ontruimingsverplichting 456, 459-460
gissingen 416
goed huurder(schap) 177
goede trouw 290
goodwill 28, 224, 228, 265, 282, 336, 389, 392, 445
grootwinkelbedrijf 237

H
handmatige vervaardiging 247
herdefiniëring gebrek 165
herleidingssystematiek 403
herstel van gebreken 150
herstellingen (kleine) 180, 192
hoofdverplichtingen 147
horecabranche 278, 371, 389
huurcomponenten bij huurprijs 390
huurindexering 401
huurkoop 373
huurovereenkomst 330
huurprijs (definitie) 388, 461
huurprijsexplosie 55
huurprijsvaststellingsmethodiek 416
huurrechtelijke elementen franchiseovereenkomst 38
huurwaardeverhogende factor 427

I
imperatieve afwijzingsgrond 325
inbreng in een vennootschap 374
indeling 413
indeplaatsstelling 39, 360, 369-385
indexeringsclausule 402
ingebrekestelling 162
ingroeihuur 64, 399-400
inhoudelijke beoordeling afwijkende bedingen 512
inkomenstechnische opbouw van het klantenpotentieel 37
inrichtingskosten 424
inschatting 340
investeringsbescherming 265, 329
invloed van verbeteringen 424
ITZA, zoneringsmethode 416

J
jaarhuurprijzen per m^2 407
jachthaven 250
jonger huurrecht 149

K
kale huurprijs 389
kantoorpanden 223
kennisgevingen (bij gedoogplicht huurder) 188
kiosk 239, 326
kleine herstellingen 180, 192
kleinhandel(sactiviteiten) 251
klusrecht 177, 179
kwalificatie 223-263, 391
kwalitatief merkbaarheidsbegrip 449
kwantitatieve merkbaarheidsbegrip 449

L
lekkend dak 165
liberalisatiebesluiten 53
lichte toetsing afwijkende bedingen 274
ligging vergelijkingspanden 413
locatie 415

M
maatstaven voor de nader vast te stellen huurprijs 404
machtiging indeplaatstelling 377
marginale toetsing 314
markthuurprijs 369
marktkraampjes 118
Marktverordening 118
matigend (en dempend) effect 416

mededinging 445
meldingsplicht van gebreken 188
minimumduur huurovereenkomst detailhandelsbedrijfsruimte 266
misbruik van opzeggingsbevoegdheid 313
moedervennootschap 318
mondelinge kennisgeving rechtsopvolging 315
monopoliepositie verhuurder 409-410
motiveringsplicht afwijkende ingangsdatum huurverhoging 400

N
naamgeving huurovereenkomst 234
naburig erf (i.v.m. reikwijdte gedoogplicht dringende werkzaamheden) 514
nadere huurprijsvaststelling 387-443
niet goed huurderschap 310
niet-afhankelijke woning 391
niet-bedrijfsobjectcomponenten 390
niet-geliberaliseerde overige bedrijfsruimte 451
nietige opzegging 316
non-concurrentie 36
novelle 61

O
object 416
objectieve waarderingscriteria (bij nadere huurprijsvaststelling) 390
objectieve wettelijke maatstaf 406
omzetafhankelijke huurprijs 421
onbebouwd stuk grond 225
onbehoorlijke bedrijfsvoering 310, 312, 359
onderhoudstoestand bij nadere huurprijsvaststelling 413
onderhoudsverplichtingen 418
onderhuurder bedrijfsruimte 326
onderhuurovereenkomst 276
onderonderhuurverhouding 191
onderzoeksplicht huurder 166
oneigenlijke methode 425
onroerende zaak (definitie) 229
ontbindende voorwaarde bij indeplaatsstelling 371
ontbinding 354
ontbinding wegens verwezenlijking bestemmingsplan 458
ontruimingsbescherming 364, 456
onvoorziene omstandigheden 186, 291-292, 296, 389
onzelfstandige woning 253, 391
oorspronkelijke toestand van het object 426
opbouwen van goodwill 299
open belangenafweging 456
opleveringsplicht 192
optie 419
opzegging door de erfgenamen 352

opzegging wegens 'werken in het algemeen belang' 458
opzeggingsgrond(en) 306
opzeggingstermijn 301-302, 352, 364, 460
ouderdom van het pand (bij nadere huurprijsvaststelling) 413
overheersendheid 250
overige bedrijfsruimte 339, 355, 452, 461
overlast 362
overnameovereenkomst 371

P
pachtovereenkomst 28
partiële ontbinding 162
passantenstroom 413
periodieke vergoeding 389
persoonlijk gebruik 317
plaatsgebondenheid 224, 228, 249
portocabin 231
preventief onderhoud 152
prijspeil 401
proportionaliteit 251, 362
publieke toegankelijkheid 249
publiekrecht 118

R
rayonexclusiviteit 36
rechtsstoornis 175
rechtstreeks verkoop/levering aan het publiek 249
rechtsweigering 463
rechtszekerheid 272
redelijk aanbod nieuwe huurovereenkomst 329
redelijkheid en billijkheid 303, 313
referentieperiode 388, 398, 403, 405, 416
reflexwerking 453
regime 236
renovatie 184, 308, 313, 315, 322-323, 327, 330
restcategorie 2232, 255
restwaarde na afschrijving 426
retentierecht 197
roerend 229
rustig gebruik 147
rustig genot 147

S
schade 338
schadevergoeding 163, 338, 363, 454
schatting van de kantonrechter huurprijs 417
schoksgewijze karakter van de huuraanpassing 405
servicekosten 389

sloop en herbouw/nieuwbouw 323
staat van onderhoud 427
Staatscommissie Houwing 49
stabiele huurontwikkelingen 420
statutaire doelomschrijving 318
subjectieve omstandigheden 420
subjectiviteit 416
subsidiariteit 362
synchroniseren 277

T
tandartspraktijk 465
tegenprestatie 30
ter beschikking stellen van het gehuurde 147
ter plaatse 405, 408
termijn- en opzeggingbescherming 38, 265-297, 351
termen van beraad 354
termijnbescherming 276
toerekenbare schade (bij oplevering) 194
toerekenbare tekortkoming (bij gebreken) 150
toewijzings- en afwijzingsgrond 309
tussentijdse beëindiging 351-367

U
uitgebreid toepassingsgebied redelijkheid en billijkheid 290
uitholling van de huurbescherming 281
uitwinning 177
uniforme presentatie bij franchising 35

V
valutakoersfluctuaties 292
vastgoedvennootschap 374
verbeteringen 396
vereenzelviging 317
verfraaiing 423
vergaan van het gehuurde 167
vergelijkbaar maken van objecten (bij nadere huurprijsvaststelling) 415
vergelijkbare bedrijfsruimte 413
verhelpen van het gebrek 160
verhuis- en herinrichtingskosten 163, 334
verlengingsoptie 271, 278, 394
verlengingsperiode 305, 315, 321, 328, 332
verlengingsverzoek 456, 462
verplaatsings- en herinrichtingskosten 224
verplichte toewijzingsgronden 328
verwachtingspatroon 171
voorbehoud tot indeplaatsstelling bij bedrijfsoverdracht 371
voordeel genoten na beëindiging (vergoeding van) 335

voordeelstoerekening 338
vrienden(huur)prijs 420
vrije concurrentie 445
vrije en duurzame prijsontwikkeling 409, 411
vrijwaringsverplichting 176

W
waarderingsgrondslag 391
waardeverhogende en bouwkundige verbeteringen 422
wachttijd na rechtsopvolging 315
wegbreekrecht/wegbreekbevoegdheid 194
werken in het algemeen belang 338
winkel in winkel 244
winkelcentra (i.v.m. mededingingsrecht) 445
winkeloppervlak (bij nadere huurprijsvaststelling) 423
woningwaarderingsstelsel 392
woongenot 193
woonruimte 391, 462

Z
zieligheidsfactor 400
zoneringsmethode, ITZA 416
zwaarwegende omstandigheden 374
zwakke ontruimingsbescherming 463

Curriculum vitae

Govert Matthias Kerpestein

1964 geboren te Vlissingen

1981 eindexamen MAVO

1983 eindexamen HAVO

1985 eindexamen Atheneum

1992 doctoraal examen Nederlands recht, Rijksuniversiteit Leiden

1992 advocaat te Den Haag

1995 advocaat te Amsterdam

2003 handboek *Huurrecht Bedrijfsruimte* (Sdu Uitgevers)