

Huur van te (her)ontwikkelen bedrijfsruimte: een praktische handleiding

mr. I.E. Reimert en mr. M.L. Timmerman¹

Vaak zal een huurovereenkomst kort na het aangaan daarvan ook ingaan. In de praktijk komt het echter geregeld voor dat een lange periode is gelegen tussen het aangaan en het ingaan van de huurovereenkomst. Dit zal zeker het geval zijn indien de te huren bedrijfsruimte bij het aangaan van de huurovereenkomst in het geheel nog niet bestaat of zal worden herontwikkeld. Dat proces van (her)ontwikkeling heeft invloed op de huurrelatie en beide fasen moeten goed op elkaar aansluiten. Wat zijn de (on)mogelijkheden voor voorwaardelijk contracteren in het huurrecht? Daarnaast rijst de vraag of en hoe bepaalde regelingen uit het huurrecht, zoals 'koop breekt geen huur' en de gebrekenregeling in bedoelde situatie (uit)werken.

In dit artikel bespreken wij een aantal onderwerpen dat in die situatie aan de orde kan komen en bieden wij een praktische handleiding.

1. Voorwaardelijke huurovereenkomsten en de ingangsdatum

In de praktijk komt het geregeld voor dat een huurovereenkomst reeds wordt aangegaan, maar – in afwachting van de (ver)bouw van het gehuurde – pas op een later moment ingaat. In de gevallen waarin een pand wordt (her)ontwikkeld kan het zo zijn dat er ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst nog zaken moeten worden geregeld waarvan het nog onzeker is of dat gaat lukken. Mogelijk moet de verhuurder nog een aannemer inschakelen en daarmee een aannemingsovereenkomst sluiten, moet het ter plaatse geldende bestemmingsplan nog worden gewijzigd of moeten voor de bouwactiviteiten benodigde vergunningen nog onherroepelijk worden verkregen. Het kan ook de huurder zijn die ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst bepaalde vergunningen nog onherroepelijk moet verkrijgen om uiteindelijk zijn bedrijf in het gehuurde te kunnen exploiteren. Ook wordt een huurovereenkomst geregeld al uitonderhandeld, terwijl er uiteindelijk nog goedkeuring van de directie of goedkeuring van een van het semi-dwingend recht afwijkend beding door de kantonrechter is vereist. Om die reden wordt er vaak voor gekozen om aan de totstandkoming dan wel aan de werking van de huurovereenkomst een (of meer) voorwaarde(n) te verbinden.

1.1. Voorwaardelijk contracteren

Partijen kunnen daarbij kiezen voor een totstandkomingsvoorwaarde, een opschortende voorwaarde of een ontbindende voorwaarde. Hoe een voorwaarde moet worden gekwalificeerd is een kwestie van uitleg, waarbij het aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden, gezien de formulering, redelijkerwijs aan de voorwaarde mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.² Het is daarom van belang daar geen onduidelijkheid over te laten ontstaan en uitdrukkelijk te benoemen wat voor soort voorwaarde het betreft. Het verschil is immers cruciaal. Bij een totstandkomingsvoorwaarde komt er nog geen overeenkomst tot stand, terwijl dat bij een opschortende of ontbindende voorwaarde wél het geval is. Bij een opschortende of ontbindende voorwaarde is de werking van een (of meer) verbintenis(sen) afhankelijk gesteld van een toekomstige en een zowel objectief als voor de partijen onzekere gebeurtenis.³ Als het een opschortende voorwaarde betreft, neemt de werking van de verbintenis(sen) aanvang bij vervulling van die voorwaarde; bij een ontbindende voorwaarde eindigt de werking van de verbintenis(sen) bij vervulling van die voorwaarde.⁴ Kortom, een overeenkomst die is aangegaan onder een opschortende voorwaarde bestaat wel, maar de daaruit voortvloeiende verbintenissen zijn pas rechtens afdwingbaar zodra de opschortende voorwaarde is vervuld; een overeenkomst die is aangegaan onder een ontbindende voorwaarde bestaat en de daaruit voortvloeiende verbintenissen

1. Ingrid Reimert en Marlou Timmerman zijn beiden werkzaam als advocaat bij BarentsKrans te Den Haag.

2. Asser/Sieburgh 6-I 2020/179 onder verwijzing naar *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 145.

3. Zie art. 6:21 BW.

4. Zie art. 6:22 BW.

zijn direct rechtens afdwingbaar, maar die verbin- tenissen komen te vervallen zodra de ontbindende voorwaarde is vervuld.

Niet alleen de precontractuele fase, maar ook de fase waarin een overeenkomst bestaat maar een voor- waarde nog moet worden vervuld, wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Dit brengt met zich mee dat op de partij ten behoeve van wie de voorwaarde is bedongen een inspanningsver- plichting rust om deze voorwaarde te (doen) vervul- len (wanneer het een opschortende voorwaarde be- treft) of om de vervulling daarvan juist te voorko- men (wanneer het een ontbindende voorwaarde be- treft).⁵ Zo volgt uit art. 6:23 lid 1 BW dat ingeval de vervulling van de voorwaarde is belet door de partij die bij de niet-vervulling belang had, de voorwaarde toch als vervuld geldt als de redelijkheid en billijk- heid dat eisen. Voor de spiegelbeeldige situatie geldt ingevolge art. 6:23 lid 2 BW dat ingeval de partij die bij de vervulling van de voorwaarde belang had en deze heeft teweeggebracht, de voorwaarde toch als niet vervuld geldt indien de redelijkheid en billijk- heid dat eisen. Wat de redelijkheid en billijkheid ver- langen, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, met name van de aard en de strekking van zowel de voorwaarde als de belettende of teweeg- brengende handeling.⁶ Uiteraard staat het partijen vrij om ten aanzien van de periode waarin de voor- waarde nog moet worden vervuld specifieke inspan- ningsverplichtingen overeen te komen.

Voorwaardelijk contracteren is ook in het huurrecht mogelijk, maar men – en dat geldt met name voor de verhuurder – moet erop bedacht zijn dat dit niet al- tijd zonder meer het beoogde gevolg zal hebben, om- dat in het huurrecht diverse semi-dwingende regels gelden.

1.2. Ontbindende voorwaarden in huur- overeenkomsten

Dit geldt in het bijzonder bij het aangaan van een huurovereenkomst onder een ontbindende voor- waarde. Voor een huurder levert dit geen probleem op; de huurder zal zich, mits de formulering van de voorwaarde dat toestaat (zie nader 1.4 hieronder), ongeacht het toepasselijke huurregime op de voor- waarde kunnen beroepen. Voor de verhuurder zal de ontbindende voorwaarde evenwel niet zonder meer het door hem beoogde gevolg hebben, namelijk het einde van de huurovereenkomst wanneer de ontbin- dende voorwaarde wordt vervuld. Dit heeft alles te maken met diverse semi-dwingendrechtelijke bepa- lingen. Wijken partijen daarvan af, dan kan de huur- der het afwijkende beding in beginsel vernietigen.

Zo geldt zowel bij 7:230a-ruimten als bij 7:290-ruim- ten het art. 7:231 BW. Daaruit volgt dat ontbinding op de grond dat de huurder in de nakoming van zijn verplichtingen is tekortgeschoten in beginsel slechts door de rechter kan geschieden en dat daarvan niet ten nadele van de huurder kan worden afgeweken. Heeft de ontbindende voorwaarde betrekking op een tekortschieten van de huurder als bedoeld in art. 7: 231 BW, dan kan de huurder dat beding dus met suc- ces vernietigen en heeft de verhuurder daar niets meer aan.

Ten aanzien van 7:230a-ruimten geldt dat voor het overige wel ontbindende voorwaarden kunnen wor- den overeengekomen die niet door de huurder kun- nen worden vernietigd, maar daarbij moet de ver- huurder er wel op bedacht zijn dat de vervulling daarvan niets afdoet aan het feit dat de verhuurder aan de huurder de ontruiming dient aan te zeggen en dat de huurder een beroep op (verlengde) ontru- mingsbescherming toekomt.⁷

Voor 7:290-ruimten geldt evenwel dat ook in alle ge- vallen waarin de ontbindende voorwaarde géén be- trekking heeft op een tekortschieten van de huur- der als bedoeld in art. 7:231 BW, de huurder dat beding in beginsel met succes zal kunnen vernieti- gen en de verhuurder dus niets meer aan de ont- bindende voorwaarde heeft. De ratio daarvan is ge- legen in de termijn- en huurbescherming die afde- ling 7.4.6 BW huurders van 7:290-ruimten biedt. Zo geldt de huurovereenkomst in beginsel voor vijf plus vijf jaar (art. 7:292 BW) en moet opzegging door de verhuurder plaatsvinden met inachtneming van de wettelijke opzeggingsgronden en een opzegter- mijn van tenminste een jaar, waarna de huurover- eenkomst pas eindigt als de rechter daarop onher- roepelijk heeft beslist (art. 7:293 lid 1 en lid 2, 7:295 en 7:296 BW). Geen opzegging is vereist, indien de be- ëindiging geschiedt met wederzijds goedvinden, na- dat de huurovereenkomst tot stand is gekomen, zo bepaalt art. 7:293 lid 3 BW. Onder het oude recht be- paalde art. 7A:1636 lid 1 OBW ook al dat buitenge- rechtelijke ontbinding vanwege een tekortschieten van de huurder niet mogelijk was (thans art. 7:231 lid 1 BW), maar bepaalde art. 7A:1636 lid 3 OBW ook ex- plicit dat de huurovereenkomst moest worden op- gezegd, ook als de huurovereenkomst krachtens een bepaling in die huurovereenkomst zonder opzegging zou eindigen. Hoewel dit laatste niet meer in de hui- dige wettelijke regeling is opgenomen,⁸ wordt als uit- gangspunt aangenomen dat ontbindende voorwaar- den die niet alleen door de huurder, maar ook door de verhuurder kunnen worden ingeroepen in begin- sel met succes door de huurder kunnen worden vernietigd. Deze kunnen worden vernietigd, omdat een dergelijke ontbindende voorwaarde in strijd is met (de bedoeling van) art. 7:291 BW, waarin is opgeno- men dat niet ten nadele van de huurder van afdeling

5. R.P.J.L. Tjittes, 'De aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen – een kritisch overzicht', *RMThemis* 2016-5, p. 256 onder verwijzing naar HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1674 (*Belien/Provincie*), NJ 1997/569 en HR 21 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2109, NJ 1996/698 (*Tomlow/Zwietering*).

6. Zie nader *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 147-149.

7. Zie art. 7:230a lid 9 BW.

8. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet waarom deze bepaling niet meer in de huidige wettelijke regeling is opgenomen.

7.4.6 BW kan worden afgeweken.⁹ Van dit uitgangspunt kan op twee manieren worden afgeweken:

1. Partijen kunnen de kantonrechter (al dan niet gezamenlijk) verzoeken een beding waarin een dergelijke ontbindende voorwaarde is opgenomen goed te keuren.¹⁰ Dit zou de verhuurder zelfs nog kunnen doen nadat het beding door de huurder is vernietigd,¹¹ maar het is raadzaam meteen na het aangaan van de huurovereenkomst gezamenlijk goedkeuring te verzoeken. Is de betreffende ontbindende voorwaarde voor de verhuurder essentieel, dan verdient het aanbeveling om de huurovereenkomst aan te gaan onder de opschortende voorwaarde van goedkeuring van het van afdeling 7.4.6 BW afwijkende beding door de kantonrechter (zie nader 1.3 hieronder).¹² In dat geval is wel van belang niet de volledige huurovereenkomst onder die opschortende voorwaarde aan te gaan, maar de huurovereenkomst *behoudens* de bepaling(en) waarin de verplichting van partijen om de kantonrechter gezamenlijk om goedkeuring te verzoeken en de opschortende voorwaarde zijn opgenomen, aangezien partijen willen dat die bepaling(en) wel meteen werking hebben. Wordt de goedkeuring dan onverhoopt niet verleend, dan treedt de huurovereenkomst (voor het overige) niet in werking;
2. Partijen kunnen er voor kiezen een huurovereenkomst voor de duur van twee jaar of korter onder een ontbindende voorwaarde aan te gaan, aangezien de artikelen 7:291 tot en met 7:300 BW daarop niet van toepassing zijn.¹³ Als de ontbindende voorwaarde gedurende die twee jaar wordt vervuld, komen de uit de huurovereenkomst voortvloeiende verbintenissen te vervallen; wordt de ontbindende voorwaarde gedurende die periode niet vervuld, dan kan de verhuurder i) de huurder laten weten het gebruik niet te willen voortzetten en de huurovereenkomst beëindigen, dan wel ii) voor het verstrijken van de termijn van twee jaar met de huurder een nieuwe – niet kortdurende – huurovereenkomst aangaan, waarbij ingeval daarin afwijkende bedingen zijn opgenomen daarvan voor het verstrijken van de termijn van twee jaar om goedkeuring moet zijn verzocht of iii) het gebruik door de huurder laten voortduren, zodat de

huurovereenkomst van rechtswege voor vijf plus vijf jaar (in dat geval dus nog drie plus vijf jaar) geldt en daarop de artikel 7:291 tot en met 7:300 BW van toepassing zijn.

Kortom, in beginsel geldt dat voor een ontbindende voorwaarde ten nadele van de huurder goedkeuring van de kantonrechter nodig is; de ontbindende voorwaarde geldt totdat deze door de huurder wordt vernietigd, tenzij de verhuurder alsnog goedkeuring vraagt en krijgt.¹⁴

1.3. Opschortende voorwaarden in huurovereenkomsten

Het aangaan van een huurovereenkomst onder een opschortende voorwaarde levert daarentegen voor zowel de huurder als de verhuurder geen probleem op. Gelet op het voorgaande verdient het vanuit het perspectief van de verhuurder dus de voorkeur om te kiezen voor een opschortende voorwaarde.

Gaat het om een 7:290-ruimte, dan zal het geregeld voorkomen dat partijen van afdeling 7.4.6 BW afwijkende bedingen overeen willen komen waarvan om goedkeuring door de kantonrechter moet worden verzocht (denk aan een afwijkende looptijd, een tussentijdse opzegmogelijkheid, een extra opzeggrond of uitsluiting van de regeling voor nadere huurprijsvaststelling). Is het voor de verhuurder essentieel dat die goedkeuring wordt verleend (en wil hij anders dat de huurovereenkomst niet in werking treedt), dan zou de volgende bepaling in de huurovereenkomst met betrekking tot een nog te (her)ontwikkelen pand kunnen worden opgenomen:

"Met de artikelen X, Y en Z van de Huurovereenkomst wordt door Verhuurder en Huurder van afdeling 7.4.6 van het Burgerlijk Wetboek afgeweken. Op grond van art. 7:291 lid 3 BW zullen Verhuurder en Huurder de kantonrechter gezamenlijk om goedkeuring voor deze afwijkende bedingen verzoeken. Huurder en Verhuurder zullen een gezamenlijk verzoek tot goedkeuring van de artikelen X, Y en Z van de Huurovereenkomst bij de kantonrechter indienen. In verband met de Ingangsdatum, zal dit

9. Vgl. o.m. Tuinman, T&C BW, commentaar op art. 7:231 BW (actueel t/m 01-07-2022); A. van der Hilst, 'Voorwaardelijke (huur)overeenkomsten', *TvHB* 2019/2, p. 95-104 (UDH:TvHB/15482); Vrolijk, GS Huurrecht, art. 7:291 BW, aant. 2.3 (actueel t/m 29-02-2016); N. Amiel & I.C.K. Mol, 'De voorwaardelijkheid in het huurrecht', *TvHB* 2015/4, p. 225-237 (UDH:TvHB/12403).

10. Zie art. 7:291 lid 2 BW.

11. HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:82, NJ 2015/412, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (*Singh/Centre Hotel*).

12. Vgl. *Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II* 2021/581.

13. Zie art. 7:301 BW.

14. De bevoegdheid tot vernietiging verjaart binnen drie jaar nadat de partij die zich daarop kon beroepen de bevoegdheid "ten dienste is komen te staan" (art. 3:52 lid 1 sub d BW) (het zogenoemde aanvallend beroep op vernietiging). Zie in dit verband HR 9 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9951, NJ 2013/557, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (*Stern/Gulf*), waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de verjaringstermijn aanvangt zodra de partij die een beroep op de vernietigbaarheid toekomt "die bevoegdheid daadwerkelijk kan uitoefenen". Op het voorgaande is een uitzondering gemaakt, namelijk de uitzondering dat een beroep op de vernietiging altijd kan worden gedaan "ter afwijking van een op de rechtshandeling steunende vordering of andere rechtsmaatregel" (art. 3:51 lid 3 BW) (het zogenoemde verwerend beroep op vernietiging). In welke gevallen een beroep van de huurder op de vernietiging van een afwijkend beding als aanvallend of verwerend moet worden aangemerkt, is nog geen uitgemaakte zaak.

verzoekschrift spoedig na ondertekening van de Huurovereenkomst door Partijen worden ingediend. Behoudens het bepaalde in dit artikel van de Huurovereenkomst, wordt de Huurovereenkomst aangegaan onder i) de opschortende voorwaarde van goedkeuring van de van afdeling 7.4.6 BW afwijkende bedingen als bedoeld in de artikelen X, Y en Z van deze huurovereenkomst en ii) de opschortende voorwaarde dat uiterlijk op datum X de oplevering aan Verhuurder (zoals gedefinieerd in de aannemingsovereenkomst tussen de aannemer en Verhuurder) zal hebben plaatsgevonden. Ingeval een opschortende voorwaarde niet intreedt, zal de Huurovereenkomst – behoudens het bepaalde in dit artikel van de Huurovereenkomst – niet in werking treden en zijn Partijen over en weer niet schadeplichtig jegens elkaar. Ingeval de kantonrechter de van afdeling 7.4.6 BW afwijkende bedingen van de Huurovereenkomst niet goedkeurt, zullen Verhuurder en Huurder met elkaar in overleg treden over het eventueel aangaan van een nieuwe huurovereenkomst met betrekking tot het Gehuurde."

Wordt een huurovereenkomst onder een opschortende voorwaarde aangegaan, dan rijst wel de vraag of de verhuurder het gehuurde al tegen de voldoening van een tegenprestatie aan de huurder ter beschikking kan stellen voordat de opschortende voorwaarde is vervuld, bijvoorbeeld in het geval de huurder alvast inrichtingswerkzaamheden zou willen verrichten. Partijen zullen zich er daarbij uiteraard goed rekenschap van moeten geven dat de mogelijkheid bestaat dat de huurovereenkomst niet onvoorwaardelijk wordt. De vraag rijst dan of huurder wel al dergelijke investeringen zou moeten willen plegen en op welke wijze met reeds verrichte werkzaamheden moet worden omgegaan. Is de aannemer van de verhuurder nog in het gehuurde aan het werk, dan is het uiteraard ook zaak dat de aannemer daarmee instemt.

Met Amiel en Mol zijn wij van mening dat er niet alleen praktische bezwaren zijn, maar dat partijen in dat geval ook in juridisch opzicht een reëel risico nemen,¹⁵ aangezien kan worden betoogd dat daarmee, ongeacht de bedoeling van partijen,¹⁶ een onvoorwaardelijke huurovereenkomst tot stand komt (art. 7:201 lid 1 BW).¹⁷ Er zou ook kunnen worden betoogd dat weliswaar een huurovereenkomst tot stand is gekomen, maar onder de opschortende voorwaarde die nog zal moeten worden vervuld, zodat de nakoming daarvan totdat die voorwaarde is vervuld onverschuldigd is en daarvan ongedaanmaking kan worden gevorderd (art. 6:25 jo.6:203 e.v.

BW).¹⁸ Wij plaatsen bij dat betoog wel vraagtekens, want waar ligt dan de grens? Hoe lang zouden partijen dan op die manier, in afwachting van de vervulling van een opschortende voorwaarde, een huurovereenkomst kunnen onttrekken aan de semi-dwingendrechtelijke wettelijke regeling die de huurder beoogt te beschermen?¹⁹ Wij achten de kans groot dat in dat geval wél een onvoorwaardelijke huurovereenkomst tot stand komt. Dit risico kan overigens vrij eenvoudig worden beperkt. Betreft het een 7:230a-ruimte, dan kan ervoor worden gekozen om in plaats van voor een opschortende voorwaarde te kiezen voor een onvoorwaardelijke huurovereenkomst met een tussentijdse opzegmogelijkheid voor het geval de toekomstig onzekere gebeurtenis zich voor een bepaalde datum niet voordoet, zij het dat de huurder dan wel een beroep op ontruimingsbescherming toekomt (art. 7:230a lid 9 BW) en de verhuurder zich dus serieus moet afvragen of de eerdere ingebruikname van het gehuurde door de huurder dat waard is. Gaat het om een 7:290-ruimte, dan kan ervoor worden gekozen een huurovereenkomst voor de duur van twee jaar of korter onder een ontbindende voorwaarde aan te gaan (art. 7:301 BW) en om tegelijkertijd de huurovereenkomst voor vijf plus vijf jaar aan te gaan onder de spiegelbeeldige opschortende voorwaarde, ervan uitgaande dat het niet nog twee jaar duurt voordat duidelijk wordt of die voorwaarden worden vervuld. Er zou ook voor kunnen worden gekozen om het pand in gebruik te geven zonder dat daarvoor een vergoeding is verschuldigd, maar ook dan is het zaak dit goed vast te leggen in een bruikleenovereenkomst.

1.4. De formulering van de voorwaarde

Partijen zijn binnen de grenzen die de wet daaraan stelt vrij om de voorwaarde(n) die zij wensen, te formuleren. Het spreekt voor zich, maar het is van groot belang dat partijen goed over die formulering nadenken. Zo moet allereerst worden bedacht om wat voor soort voorwaarde het gaat: een totstandkomingsvoorwaarde, een ontbindende voorwaarde of een opschortende voorwaarde. Echter niet alleen de kwalificatie van een voorwaarde, maar ook de exacte inhoud daarvan is een kwestie van uitleg: het komt aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de voorwaarde mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.²⁰

Het is van belang erop te letten dat objectief is vast te stellen wanneer aan de voorwaarde is voldaan. De voorwaarde moet dan ook eenduidig worden geformuleerd. Vermijd bijvoorbeeld begrippen als "op

15. N. Amiel & I.C.K. Mol, 'De voorwaardelijkheid in het huurrecht', *TvHB* 2015/4, p. 225-237 (UDH:TvHB/12403).

16. Vgl. *Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II* 2021/12.

17. De overeenkomst valt dan immers onder de wettelijke beginsomschrijving van huur uit art. 7:201 lid 1 BW.

18. Het reeds ter beschikking stellen van het gehuurde is evenwel een prestatie die zich niet meer ongedaan laat maken; in dat geval zal daarvoor een redelijke waardevergoeding in de plaats komen (art. 6:210 lid 2 BW).

19. Vgl. N. Amiel & I.C.K. Mol, 'De voorwaardelijkheid in het huurrecht', *TvHB* 2015/4, p. 225-237 (UDH:TvHB/12403).

20. *Asser/Sieburgh 6-I* 2020/179.

korte termijn" en neem in plaats daarvan een concrete termijn op. Als het bijvoorbeeld gaat om de verkrijging van een vergunning, let er dan op dat duidelijk is omschreven welke vergunning dit betreft en, als dat de bedoeling van partijen is, dat deze *onherroepelijk* moet zijn verkregen. Wat in de praktijk wel eens misgaat, is dat een intentieovereenkomst of een huurovereenkomst wordt aangegaan onder voorbehoud van goedkeuring van de directie, terwijl een (of meerdere) bestuurder(s) aan de onderhandelingstafel zit(ten); in dat geval bestaat het risico dat op dit voorbehoud niet (meer) met succes een beroep kan worden gedaan.²¹

Ook moet worden bedacht wat geldt totdat de voorwaarde in vervulling gaat. Indien op (een van beide) partijen bijvoorbeeld een bepaalde (inspannings)verplichting moet komen te rusten in het kader van de (niet-)vervulling van de voorwaarde, is het raadzaam dat onvoorwaardelijk overeen te komen. Gaat het bijvoorbeeld om de verkrijging van een vergunning, welke partij is dan verantwoordelijk voor de aanvraag daarvan? In de regel is de verhuurder verantwoordelijk voor het verkrijgen en behouden van de vereiste vergunningen, ontheffingen en toestemmingen die benodigd zijn voor het gebruik van het gehuurde zoals genoemd in art. 1.1 van de huurovereenkomst en is de huurder verantwoordelijk voor het verkrijgen en het behouden van alle overige vereiste vergunningen, ontheffingen en toestemmingen die benodigd zijn voor het gebruik van het gehuurde in overeenstemming met de in art. 1.3 van de huurovereenkomst overeengekomen bestemming die huurder daaraan moet geven (art. 4 van de algemene bepalingen volgens het ROZ-model voor 7:230a-ruimten en 7:290-ruimten), maar partijen kunnen daar uiteraard van afwijken. Er kan dus worden afgesproken welke partij verantwoordelijk is voor het verkrijgen van de betreffende vergunning en bijvoorbeeld binnen welke termijn die partij de aanvraag zal moeten doen. Daarnaast moet worden nagedacht over wat geldt als de ontbindende voorwaarde wordt vervuld of de opschortende voorwaarde juist niet wordt vervuld en de uit de huurovereenkomst voortvloeiende verbintenissen dus komen te vervallen respectievelijk nimmer in werking treden. Ingeval van een ontbindende voorwaarde zijn partijen over en weer gehouden de reeds verrichte prestaties ongedaan te maken.²² In het geval dat ongedaanmaking niet mogelijk is, zoals bij de terbeschikkingstelling van het gehuurde, kunnen de regels ten aanzien van onverschuldigde betaling en ontbinding naar analogie worden toegepast.²³ Als partijen bijvoorbeeld willen dat in dat geval een bepaalde vergoeding is verschuldigd of dat zij in dat geval de plicht hebben opnieuw te goeder trouw met elkaar in onderhandeling te treden

over een eventuele nieuwe huurovereenkomst, is het raadzaam ook dat onvoorwaardelijk overeen te komen.

Voorts is van groot belang om op te nemen of een expliciet beroep op de voorwaarde moet worden gedaan en, zo ja, door welke partij(en), op welke wijze en binnen welke termijn dat dan kan worden gedaan, alsmede of en, zo ja, door welke partij(en) daarvan afstand kan worden gedaan. Als partijen hierover niets opnemen, geldt in beginsel dat zowel de verhuurder als de huurder een beroep kan doen op het al dan niet vervuld zijn van de voorwaarde, ongeacht ten behoeve van welke partij de voorwaarde is opgenomen,²⁴ en dat daarvan niet eenzijdig afstand kan worden gedaan, ook niet door de partij ten behoeve van wie de voorwaarde is opgenomen.²⁵ In de zaak die heeft geleid tot het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 2 juni 2015 pakte dit niet goed uit voor een verhuurder die met zijn huurders was overeengekomen dat de huurovereenkomst met onmiddellijke ingang zou zijn beëindigd wanneer de huurders in de toekomst op enig moment nalatig zouden zijn in de nakoming van hun verplichtingen.²⁶ Op enig moment voldeden de huurders niet meer aan hun betalingsverplichting en de verhuurder vorderde onder meer betaling van de achterstallige huur. In hoger beroep stelden de huurders zich met succes op het standpunt dat de huurovereenkomst met onmiddellijke ingang was beëindigd toen zij op de eerste van de betreffende maand de huur en servicekosten niet hadden voldaan, zodat er een grondslag was voor toewijzing van de vordering tot betaling van de achterstallige huur. De verhuurder had zich naar aanleiding daarvan onder meer op het standpunt gesteld dat was bedoeld slechts aan de verhuurder de mogelijkheid te bieden de huurovereenkomst te beëindigen bij het tekortschieten van de huurders,²⁷ maar het Hof 's-Hertogenbosch heeft deze uitleg verworpen. De verhuurder had tevens een beroep gedaan op art. 6:23 lid 2 BW. Daarop geeft het Hof 's-Hertogenbosch aan dat de verhuurder weliswaar heeft aangevoerd dat de huurders belang hadden bij de vervulling van de voorwaarde en dat zij zelf de vervulling van de voorwaarde teweeg hebben gebracht, maar dat de verhuurder niet heeft gesteld noch bewezen waarom de redelijkheid en billijkheid in dit geval zouden verlangen dat de voorwaarde als niet vervuld moet worden beschouwd.

Tot slot zullen partijen zich de vraag moeten stellen welke verbintenissen zij aan de voorwaarde willen onderwerpen. Als in een huurovereenkomst een

21. Zie onder verwijzing naar rechtspraak R-J Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 144-154.
22. Zie art. 6:24 lid 1 BW.
23. Valk, T&C BW, commentaar op art. 6:24 BW (actueel t/m 01-07-2022) onder verwijzing naar *Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1217.

24. HR 24 oktober 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BE9997, NJ 2008/558 (*Hoogendoorn/Benthuizen VastGoed*).

25. HR 10 maart 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC1306, NJ 1967/194 (*Blonk/Renkumsche Heide*); HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP9666, NJ 2005/500, m.nt. C.E. du Perron (*Aerts/Koops*).

26. Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2014, *TvBH* 2015/23 (UDH:TvHB/12619), m.nt. Fraai.

27. In welk geval de huurders dat beding met succes hadden kunnen vernietigen vanwege strijdigheid met art. 7:231 BW. Vgl. T. Fraai, annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2014, *TvBH* 2015/23 (UDH:TvHB/12619).

opschortende voorwaarde wordt opgenomen, maar partijen ten aanzien van bepaalde afspraken wel willen dat die direct rechtens afdwingbaar zijn, zullen die afspraken uiteraard moeten worden uitgesloten van de opschortende voorwaarde en, evenals de bepaling waarin de opschortende voorwaarde is opgenomen, onvoorwaardelijk moeten worden aangegaan.

1.5. Vaste ingangsdatum vs. flexibele ingangsdatum

Wordt een huurovereenkomst aangegaan onder een opschortende voorwaarde, dan is van belang daarmee rekening te houden bij de bepaling van de ingangsdatum. Wordt gekozen voor een vaste ingangsdatum en blijkt dat de opschortende voorwaarde op die datum nog niet is vervuld, dan rijst de vraag wat er vanaf de vervulling van die opschortende voorwaarde geldt voor de periode vanaf die vaste ingangsdatum tot en met de vervulling van die voorwaarde. Geldt dan dat de verhuurder het gehuurde toch ter beschikking had moeten stellen en de huurder de huurprijs had moeten voldoen?

Houdt de opschortende voorwaarde verband met het tijdig gereedkomen van het gehuurde, de tijdige ontruiming van het gehuurde door een vorige gebruiker of het tijdig verkrijgen van vergunningen door de verhuurder en is op basis van de ROZ-modelhuurovereenkomst gecontracteerd, dan wordt dit opgelost door het bepaalde in art. 26 van de bij de ROZ-modelhuurovereenkomst voor kantoorruimte behorende algemene bepalingen en art. 28 van de bij de ROZ-modelhuurovereenkomst voor winkelruimte behorende algemene bepalingen. De huurder is tot de datum waarop het gehuurde alsnog ter beschikking wordt gesteld geen huurprijs en servicekosten verschuldigd en ook de overige verplichtingen en overeengekomen termijnen schuiven dienovereenkomstig op (art. 26.1 resp. 28.1). De verhuurder is niet aansprakelijk voor de uit de vertraging voortvloeiende schade voor de huurder, tenzij de vertraging het gevolg is van een aan verhuurder toerekenbare tekortkoming (art. 26.2 resp. 28.2). Voorts kan de huurder geen ontbinding van de huurovereenkomst vorderen, tenzij de niet tijdige beschikbaarheid van het gehuurde het gevolg is van een aan verhuurder toerekenbare ernstige tekortkoming en het voor de huurder op grond van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de huurovereenkomst ongewijzigd in stand blijft en de verhuurder niet aan de gerechtvaardigde belangen van de huurder tegemoetkomt (art. 26.4 resp. 28.4).²⁸

Houdt de opschortende voorwaarde echter verband met iets anders, bijvoorbeeld het verkrijgen van goedkeuring van de kantonrechter van in de

huurovereenkomst opgenomen afwijkende bedingen, dan bevatten de bij de ROZ-modelhuurovereenkomsten behorende algemene bepalingen daarvoor geen regeling. Om onduidelijkheid hierover te voorkomen verdient het aanbeveling om een flexibele ingangsdatum op te nemen door die ingangsdatum (mede) te koppelen aan het in vervulling gaan van de opschortende voorwaarde. Bijvoorbeeld: *"De Huurovereenkomst is aangegaan voor de duur van tien jaar, ingaande op de datum van oplevering van het Gehuurde door Verhuurder aan Huurder welke datum zal zijn gelegen op dezelfde dag als de dag waarop het Gehuurde door de aannemer aan Verhuurder wordt opgeleverd, met dien verstande dat de datum nimmer eerder is gelegen dan de datum waarop de opschortende voorwaarde als bedoeld in art. X van de Huurovereenkomst is vervuld (de Ingangsdatum), welke datum Partijen nader in een allonge op de Huurovereenkomst zullen vastleggen."* Bij een flexibele ingangsdatum is van belang om zo duidelijk mogelijk te formuleren wat partijen voor ogen staat. Is de ingangsdatum van een huurovereenkomst met betrekking tot een horecagelegenheid bijvoorbeeld gekoppeld aan de opening van die horecagelegenheid voor publiek, wat wordt daar dan mee bedoeld? Als partijen daarmee hebben bedoeld dat de huurovereenkomst ingaat op de dag dat de huurder de eerste betalende klant ontvangt, dan verdient het aanbeveling dat ook met zoveel woorden op te schrijven. Bij een flexibele ingangsdatum is het bovendien raadzaam de uiteindelijke ingangsdatum in een allonge op de huurovereenkomst vast te leggen, aangezien dan later geen onduidelijkheid kan ontstaan over bijvoorbeeld de datum waartegen opzegging zou kunnen plaatsvinden of over het moment dat bij 290-bedrijfsruimte een huurprijsaanpassing zou kunnen worden gevorderd.

1.6. Slotsom

Het is zeer goed mogelijk om ingeval van een nog te (her)ontwikkelen bedrijfsruimte al voor de (ver)bouw van het gehuurde een voorwaardelijke huurovereenkomst aan te gaan, maar daarbij is wel de nodige zorgvuldigheid geboden. Zo zullen partijen – en dat geldt met name voor de verhuurder – bedacht moeten zijn op de gevolgen van de diverse semi-dwingendrechtelijke bepalingen op de (on)mogelijkheden voor voorwaardelijk contracteren in het huurrecht. Vanuit het perspectief van de verhuurder verdient het de voorkeur te kiezen voor een opschortende voorwaarde. Bij het formuleren van een voorwaarde zullen partijen zich in elk geval onder meer het volgende moeten afvragen:

- i. gaat het om een totstandkomingsvoorwaarde, een ontbindende voorwaarde of een opschortende voorwaarde?,
- ii. is objectief vast te stellen wanneer de voorwaarde is vervuld?,
- iii. moet een expliciet beroep op de voorwaarde worden gedaan en, zo ja, door welke partij(en), op welke wijze en binnen welke termijn?,
- iv. moet afstand van de voorwaarde kunnen worden gedaan en, zo ja, door welke partij(en)?,

28. Van deze algemene bepalingen zou uiteraard door partijen kunnen worden afgeweken, bijvoorbeeld door onvoorwaardelijk overeen te komen dat het gehuurde op datum X aan de huurder ter beschikking moet worden gesteld op straffe van een boete.

- v. wat geldt totdat de voorwaarde in vervulling gaat; moeten bepaalde bepalingen onvoorwaardelijk worden aangegaan?
- vi. wat geldt als de ontbindende voorwaarde wordt vervuld of de opschortende voorwaarde juist niet wordt vervuld?

Wordt een opschortende voorwaarde gehanteerd, dan verdient het aanbeveling om een flexibele ingangsdatum op te nemen door die ingangsdatum (mede) te koppelen aan het in vervulling gaan van de opschortende voorwaarde, alsmede om de uiteindelijke ingangsdatum, zodra die bekend is, vast te leggen in een allonge op de huurovereenkomst.

2. Overdracht vastgoed voor het ingaan van de huurovereenkomst

Is tussen het aangaan en het ingaan van de huurovereenkomst geruime tijd gelegen, dan kan de situatie zich voordoen dat het vastgoed in die periode door de verhuurder wordt overgedragen. Dat het (wellicht zelfs nog te realiseren) pand reeds is verhuurd, is in de regel een wezenlijk onderdeel van de transactie. Zowel verkoper als koper heeft er dus belang bij dat de huurovereenkomst gelijktijdig met het vastgoed (integraal) mee overgaat op de koper. De vraag rijst of die overgang op grond van art. 7:226 BW plaatsvindt of dat daarvoor een andere grond moet worden gevonden.

2.1. Werking van art. 7:226 BW

Art. 7:226 BW, ook wel aangeduid als 'koop breekt geen huur', beschermt de huurder bij overdracht van het gehuurde. Zonder art. 7:226 BW zou immers de verkrijger niets met de gesloten huurovereenkomst te maken hebben en de huurder kunnen ontruimen. Dat werd – al in 1838 met de invoering van art. 7A:1612 OBW²⁹ – onwenselijk geacht. De schadevergoedingsvordering die de huurder tegen zijn verhuurder (verkoper) zou kunnen instellen werd ontoereikend geacht.³⁰ Met art. 7:226 BW wordt de huurder dus beschermd en wordt een uitzondering gemaakt op het beginsel dat overeenkomsten slechts werking tussen partijen hebben.³¹ Daarmee heeft art. 7:226 BW een zekere goederenrechtelijke werking. Art. 7:226 BW is van dwingend recht voor zover het gaat om de huur van een gebouwde onroerende zaak, een standplaats en, sinds 1 juli 2022,³² een ligplaats.

29. Art. 7A:1612 lid 1 OBW: "Door verkoop van het verhuurde wordt eene te voren aangegane huur niet verbroken, ten ware dit bij de verhuring mogt voorbehouden zijn."

30. Jongbloed, GS Huurrecht, art. 7:226 BW, aant. 4 (actueel t/m 12-08-2020).

31. HR 5 januari 1923, NJ 1923, p. 305.

32. Stb. 2022, 196; Kamerstukken dossiernr. 35408.

2.2. In welke situaties is art. 7:226 BW van toepassing?

Art. 7:226 BW is uitsluitend van toepassing in geval van i) overdracht van de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft, ii) overdracht van een zelfstandig recht van vruchtgebruik op de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft, iii) overdracht van een zelfstandig recht van erfpacht op de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft en iv) overdracht van een zelfstandig recht van opstal op de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft. De onder i genoemde categorie komt veruit het vaakst voor. Het gaat hierbij uitsluitend om de *juridische* eigendomsoverdracht. Ingeval van een *economische* eigendomsoverdracht heeft art. 7:226 BW géén werking.³³ Voorts heeft art. 7:226 BW slechts werking ingeval het de verhuurder is die de juridische eigendom levert.³⁴ In de praktijk komt het geregeld voor dat een deel van het gehuurde wordt overgedragen. Ook in zo'n geval is art. 7:226 BW (al dan niet bij wege van analogie) van toepassing.³⁵

2.3. Wat gaat op grond van art. 7:226 BW over?

Hoewel in de praktijk vaak wordt gedacht dat de huurovereenkomst integraal op de verkrijger overgaat, is dat lang niet altijd het geval. Blijkens art. 7:226 lid 3 BW wordt de verkrijger namelijk slechts gebonden door die bedingen van de huurovereenkomst die onmiddellijk verband houden met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen tegenprestatie. Deze regel, onder het oude recht in de jurisprudentie ontwikkeld, is sinds 2003 in de wet neergelegd. In de wetsgeschiedenis is toegelicht waarom lid 3 de overgang beperkt tot de zogenaamde 'kernbedingen' van de huurovereenkomst: "Er zijn tegen deze beperkte opvatting wel bezwaren aan te voeren. Een beding in een huurovereenkomst, dat niet rechtstreeks met de huurverhouding als omschreven in art. 1584 (art. 7:4.1.1) verband houdt, kan nochtans een integrerend deel van de overeenkomst uitmaken, ook in dier voege dat de huur zonder dat beding niet of niet op dezelfde huurvoorwaarden zou zijn gesloten; een splitsing van de huurovereenkomst in een gedeelte dat op de verkrijger overgaat en een gedeelte waarbij de vervreemder partij blijft,

33. HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9687, NJ 2004/316, m.nt. Stein (*Vagobel/Geldnet*). Ook natrekking biedt geen grond voor toepassing van art. 7:226 BW, zie Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:173 (bekrachtigd door de Hoge Raad: HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1285).

34. HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1499, *TvHB* 2021/06 (UDH: *TvHB*/16662), m.nt. Otte (*Alegria/Time-share*). In voornoemd arrest heeft de Hoge Raad ook geoordeeld dat de verkrijger van een verhuurde zaak ook op een andere grond dan art. 7:226 BW kan zijn gehouden om verhuurdersverplichtingen na te komen. Daarvoor is volgens de Hoge Raad wel vereist dat sprake is van bijzondere omstandigheden.

35. HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2560, *TvHB* 2017/22 (UDH: *TvHB*/14656), m.nt. Adriaansens.

kan mede daarom voor de huurder bezwaarlijk zijn. Nochtans blijkt er een aanleiding op dit punt het belang van de koper zwaarder te doen wegen dan dat van de huurder. Dat de koper belast wordt met het risico dat het gekochte blijkt verhuurd te zijn, wordt mede hierdoor gerechtvaardigd dat hij, gezien het aantal verhuringen, op verhuring bedacht kan zijn. Dat geldt echter alleen voor de eigenlijke verhuring, maar niet voor daarmee niet in onmiddellijk verband staande bijzondere bedingen. Er lijkt daarom geen aanleiding op de eenmaal in de jurisprudentie vastgelegde opvatting terug te komen.³⁶

Volgens de wetgever moet een koper van vastgoed er dus op bedacht zijn dat het vastgoed is verhuurd. De koper hoeft volgens de wetgever echter niet bedacht te zijn op bijzondere bedingen die daarmee niet in onmiddellijk verband staan. Het feit dat een koper niet bekend is met de verhuring en/of de specifiek gemaakte afspraken staat aan de toepassing van art. 7:226 BW niet in de weg. Zelfs ingeval een koper onjuist omtrent het voorgaande is voorgelicht, heeft art. 7:226 BW volle werking.³⁷ Welke bedingen gaan op grond van art. 7:226 lid 3 BW nu over? Het komt daarbij aan op de zin die de oorspronkelijke eigenaar en de huurder over en weer aan die bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien van elkaar mochten verwachten.³⁸ Het voorgaande betekent niet dat de oorspronkelijke partijen binding via art. 7:226 BW moeten hebben beoogd. Dát is niet relevant voor de vraag of een beding overgaat; de vraag is of art. 7:226 BW die binding van rechtswege meebrengt.³⁹ Een beding uit een huurovereenkomst dat niet op grond van art. 7:226 BW overgaat, kan dus niet op grond van dat artikel wél overgaan, omdat partijen dat zo hebben bedoeld. Zoals verderop zal blijken, kunnen partijen er wel op een andere wijze voor zorgen dat bedingen uit een huurovereenkomst overgaan, daar waar dat niet gebeurt op grond van art. 7:226 BW.

In de rechtspraak en literatuur is veel aandacht besteed aan de vraag welke artikelen uit een huurovereenkomst wel en welke artikelen niet mee overgaan. Ten aanzien van de bepalingen die zien op de huurprijs⁴⁰ en de omvang van het gehuurde is het duidelijk; deze gaan over op de verkrijger. Ook afspraken over huurkortingen gaan over op de verkrijger.⁴¹

Datzelfde geldt voor bepalingen die zien op de beëindigingsmogelijkheden van partijen.⁴² Door de vervreemder vóór de overdracht gegeven toestemming voor een afwijking van de bestemming gaat eveneens over.⁴³ Hetzelfde geldt voor een reeds door de vervreemder gegeven toestemming aan de huurder voor onderverhuur.⁴⁴ Ook de afspraken dat – in weerwil van het daarover in de huurovereenkomst bepaalde – geen servicekostenvergoeding meer is verschuldigd⁴⁵ en dat niet BTW-belast wordt verhuurd⁴⁶ gaan over. Een contractueel wegbreekrecht en een bepaling die ziet op overdracht aan de verhuurder van door huurder aangebrachte zaken (tegen een vergoeding) gaan ook over.⁴⁷

Bepalingen waarbij de huurder tegen vergoeding het verhuurdersonderhoud verrichtte gingen volgens de Rechtbank Rotterdam niet over.⁴⁸ Over de vraag of een branchebeschermingsbepaling overgaat wordt wisselend gedacht. Zo oordeelde de kantonrechter Breda⁴⁹ dat een dergelijk beding niet overgaat, maar die beslissing is in de literatuur bekritiseerd.⁵⁰ In de praktijk worden door verhuurders vaak 'incentives' gegeven aan huurders. Zo'n incentive kan bestaan uit een huurkorting, maar ook uit een investeringsbijdrage van verhuurder in de verbouwingkosten van de huurder. Of deze bedingen overgaan op grond van art. 7:226 BW is een voor de praktijk zeer relevante vraag, met name als de overdracht van het vastgoed zeer vroeg in de huurrelatie plaatsvindt. In de regel maakt de huurder namelijk na de verbouwing aanspraak op de investeringsbijdrage. Ten aanzien van huurkortingen is het antwoord niet moeilijk; die bedingen gaan over. Ten aanzien van investeringsbijdragen is het antwoord echter niet zo simpel. In 2011 oordeelde het Hof Amsterdam dat een door verhuurder gedurende een aantal jaren te betalen huisvestingsbijdrage niet op grond van art. 7:226 BW op de verkrijger is overgegaan.⁵¹ De afspraak waarbij de verhuurder – al dan niet eenmalig of gedurende langere tijd – de huurder een bedrag betaalt

36. A. de Jonge e.a. (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 7 titel 4 2008*, p. 942.

37. A-G Huydecoper 16 maart 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA1955, nr. 14, conclusie voor HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1955, NJ 2007/445, m.nt. Stein (*Vendex/CAS*).

38. HR 8 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4564, NJ 1983/646 (*Jaspars/De Kleine Comedie*).

39. HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1955, NJ 2007/445, m.nt. Stein (*Vendex/CAS*).

40. HR 8 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4564, NJ 1983/646 (*Jaspars/De Kleine Comedie*).

41. HR 2 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5497, NJ 1987/960 (*Vloeijsberghs/Heiman*), r.o. 3.2: "(...) een afspraak tussen huurder en verhuurder dat de huurder gedurende een bepaalde periode geen huur hoeft te betalen, behoort tot de rechten en verplichtingen van de verhuurder welke onmiddellijk verband houden met het doen hebben van het genot van een goed tegen een door de huurder te betalen huurprijs en dat de nieuwe eigenaar derhalve krachtens art. 1612 BW tegenover de huurder daaraan gebonden is, waarbij niet ter zake doet om welke reden de vorige huurder die afspraak heeft gemaakt."

42. A-G Huydecoper 16 maart 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA1955, nr. 29, conclusie voor HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1955, NJ 2007/445, m.nt. Stein (*Vendex/CAS*); Hof Arnhem-Leeuwarden 16 augustus 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:7171, WR 2022/158.

43. Hof Amsterdam 15 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:382.

44. Rb. Noord-Nederland 27 juli 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:3683, WR 2022/43. Zie ook Hof Den Haag 31 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI1711. Zie in andere zin Hof Amsterdam 18 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4793, WR 2019/62, m.nt. Birnie.

45. Hof Den Haag 27 oktober 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2159, WR 2021/22.

46. Rb. Rotterdam 19 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2323.

47. Hof Den Haag 27 januari 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH1603, WR 2009/56.

48. Rb. Rotterdam 6 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX5198.

49. Rb. Zeeland-West Brabant 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8696, *TvHB* 2018/8 (UDH:TvHB/14877), m.nt. De Boer.

50. C. Otte, 'Een praktische leidraad 'Koop breekt geen huur'', *TvHB* 2019/4, p. 273-280 (UDH:TvHB/15696).

51. Hof Amsterdam 11 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU2965 (*Eurocommerce/De Tulp*).

als bijdrage in de huisvesting, of in de verbouwkosten, lijkt inderdaad niet onmiddellijk verband te houden met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te verrichten tegenprestatie. Partijen die vertrouwen op de werking van art. 7:226 BW doen er dus goed aan te kiezen voor een incentive in de vorm van een huurkorting in plaats van in de vorm van een betaling van verhuurder aan huurder.

Over de voor de praktijk belangrijke voorkeursrechten, optierechten en zogenaamde 'eerste rechten' is veelvuldig geprocedeerd. Het Hof Amsterdam oordeelde in 2016 dat een eerste recht van huur (een *right of first refusal*) onder art. 7:226 lid 3 BW viel, omdat het beding onderdeel uitmaakt van het genot dat de huurder op grond van de huurovereenkomst mocht verwachten.⁵² Anders ligt het bij voornoemde rechten die zien op koop. Al in 1923 oordeelde de Hoge Raad dat (de voorloper van) art. 7:226 BW niet tot gevolg heeft dat een recht tot koop van het goed omvat.⁵³ In 2007 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat die regel ook onder het in 2003 in werking getreden huurrecht haar gelding heeft behouden. Op grond van art. 7:226 BW gaan koopopties in huurovereenkomsten niet over, tenzij het door de huurder periodiek te betalen bedrag naast een gebruiksvergoeding ook een vergoeding voor de uiteindelijke verkrijging in zich bergt.⁵⁴ De Hoge Raad noemt als voorbeeld de leaseovereenkomst. In zo'n geval houdt het beding wel een onmiddellijk verband met het gebruik van de zaak tegen een door huurder te betalen tegenprestatie.

Uit een in 2010 gewezen arrest volgt dat de door de Hoge Raad geformuleerde uitzondering beperkt moet worden opgevat. In bedoeld arrest van 2010 oordeelde de Hoge Raad namelijk dat het Hof⁵⁵ in die zaak was uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de door huurder te betalen tegenprestatie ook kon volgen uit iets anders dan de huurprijs.⁵⁶ Daar waar voor de kwalificatie van een overeenkomst als huurovereenkomst een tegenprestatie wel degelijk een niet-geldelijke prestatie kan betreffen,⁵⁷ is voor de vraag of een koopoptie overgaat vereist dat de tegenprestatie in geld wordt uitgedrukt.

Rooseboom signaleert – geheel terecht – dat de veel gebruikte frase in huurovereenkomsten dat in de

huurprijs een vergoeding voor de koopoptie of het voorkeursrecht van koop is verdisconteerd de bepaling niet onder art. 7:226 lid 3 BW doet vallen.⁵⁸ De Hoge Raad vereist immers dat in de huurprijs een vergoeding voor de 'uiteindelijke verkrijging van de zaak' is verdisconteerd. Dat zal niet vaak het geval zijn en als dat wel het geval is, rijst de vraag of niet sprake is van huurkoop (art. 7:101 BW). In zijn conclusie voor het arrest Van Rijbroek & Verstappen/Verstappen Beheer komt A-G Huydecoper tot de conclusie dat daar waar de uiteindelijk door de huurder te betalen koopprijs lager is dan die zou zijn geweest zonder de periodieke betalingen, in de door huurder te betalen vergoeding een vergoeding voor de uiteindelijke verkrijging van de zaak is verdisconteerd.⁵⁹ Het is voorstelbaar dat in zo'n situatie geen sprake is van huurkoop, maar van huur en dat het beding dus op grond van art. 7:226 lid 3 BW wél over gaat. Zoals hiervoor uiteengezet, maakt het voor de werking van art. 7:226 BW niet uit of een verkrijger op de hoogte is van het feit dat de door hem verkregen onroerende zaak is verhuurd en onder welke voorwaarden.⁶⁰ Ook (na het aangaan van de huurovereenkomst gemaakte) afspraken in allonges op de huurovereenkomst gaan (voor zover ze aan art. 7:226 lid 3 BW voldoen) over op de verkrijger.

Ingeval van een te (her)ontwikkelen pand zullen huurder en verhuurder vaak naast een huurovereenkomst ook een ontwikkel- of realisatieovereenkomst sluiten. Dat is in de regel het geval als de bedrijfsruimte die de huurder gaat huren conform de eisen van die huurder wordt gebouwd dan wel verbouwd. In dergelijke ontwikkel- of realisatieovereenkomsten komen vaak ook bepalingen voor die raken aan de huurrelatie. Het kan dan gaan om bepalingen over de (staat van) oplevering en het moment van oplevering. De vraag rijst of bepalingen uit zo'n ontwikkel- of realisatieovereenkomst ook op een verkrijger over kunnen gaan. Wijnans en Greijskamp betogen dat bepalingen uit een ontwikkel- of realisatieovereenkomst in de regel niet overgaan op de verkrijger, maar afspraken uit een service-level agreement wel.⁶¹ Daarbij lijken zij echter uit te gaan van een bepaald vastomlijnd begrip van een realisatie- of ontwikkelovereenkomst. Daar waar zij betogen dat de realisatie- of ontwikkelovereenkomst in de regel is uitgewerkt op het moment dat de huurovereenkomst ingaat, zijn wij het eens met hun conclusie. Indien echter afspraken uit realisatie- of ontwikkelovereenkomst doorwerken tijdens de

52. Hof Amsterdam 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4196, WR 2017/14.

53. HR 5 januari 1923, NJ 1923, p. 305.

54. HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1955, r.o. 3.4, NJ 2007/445, m.nt. Stein (*Vendex/CAS*); HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9632, NJ 2010/368, m.nt. Stein (*Van Rijbroek & Verstappen/Verstappen Beheer*). Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:209, WR 2021/116 voor een toepassing van deze rechtspraak.

55. Hof 's-Hertogenbosch 29 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC3820.

56. HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9632, r.o. 4.6, NJ 2010/368, m.nt. Stein (*Van Rijbroek & Verstappen/Verstappen Beheer*).

57. HR 16 mei 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5579, NJ 1975/437, m.nt. Scholten (*Drost/Van Donselaar*).

58. L.M. Rooseboom, 'Artikel 7:226 vs. 6:159 BW', *TvHB* 2014/4, p. 226-229 (UDH:TvHB/11551).

59. A-G Huydecoper 8 januari 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK9632, nr. 15, conclusie voor HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9632, NJ 2010/368, m.nt. Stein (*Van Rijbroek & Verstappen/Verstappen Beheer*).

60. Dit kan uiteraard anders liggen ten opzichte van de vreemder. In de regel zal het verhuurd zijn van vastgoed terwijl de verkrijger daarmee niet bekend is leiden tot wanprestatie onder de tussen de vervreemder en de verkrijger gesloten koopovereenkomst.

61. A. Wijnans en W.G. Greijskamp, 'Grondslagen voor overgang van huurrechten- en verplichtingen in vastgoedtransacties', *TvHB* 2021/4, p. 252-263 (UDH:TvHB/16813).

huurovereenkomst, kunnen zij wel degelijk overgaan mits zij voldoen aan de eisen van art. 7:226 BW. Ook afspraken uit andere overeenkomsten, hoe ook genaamd, kunnen voldoen aan de eisen van art. 7:226 BW.⁶² Ook al heeft de verkrijger daar geen weet van gehad voor de overdracht.⁶³

Wat gebeurt er met bedingen die niet op grond van art. 7:226 BW op de verkrijger overgaan? Deze blijven 'achter' bij de verkopende partij. De huurder moet voor de nakoming hiervan dus zijn 'oorspronkelijke' contractspartij aanspreken. Vaak is deze echter niet meer in staat om die verplichtingen na te komen en resteert een schadevergoedingsvordering. Art. 7:226 BW heeft tot gevolg dat de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst, die daarna opeisbaar worden, overgaan op de verkrijger. Dit betekent dat bijvoorbeeld de nieuwe verhuurder de huurder niet kan aanspreken op een achterstand die is ontstaan voor de overdracht. Datzelfde geldt voor aanspraak van een huurder op coronakorting over een periode vóór de overdracht; hiervoor moet de huurder zijn 'oude' verhuurder aanspreken.

2.4. Art. 7:226 BW en de periode tussen het aangaan en het ingaan van de huurovereenkomst

Zit er een periode tussen het aangaan en het ingaan van de huurovereenkomst, dan rijst de vraag rijst of art. 7:226 BW van toepassing is als gedurende die periode het vastgoed wordt overgedragen, oftewel: als de huurovereenkomst al wel is *aangegaan*, maar nog niet is *ingegaan* (al dan niet omdat de opschortende voorwaarde nog niet in vervulling is gegaan).

Voornoemd onderscheid tussen het aangaan en het ingaan wordt in het overgrote deel van de literatuur in dit kader niet onderkend. Wél is in de literatuur uitvoerig gediscussieerd over de vraag of art. 7:226 BW werking heeft ingeval het gehuurde nog niet aan de huurder ter beschikking is gesteld. In Tekst & Commentaar werd voorheen bepleit dat art. 7:226 BW niet van toepassing was ingeval de overdracht plaatsvond vóórdat het gehuurde aan de huurder ter beschikking was gesteld.⁶⁴ De gedachte is dan dat als het gehuurde nog niet in gebruik is genomen, de koper van het vastgoed niet bedacht hoeft te zijn op verhuring.⁶⁵ De tendens in de literatuur is echter gewijzigd en in Tekst & Commentaar wordt thans niet meer gesteld dat art. 7:226 BW in zo'n geval niet van

toepassing is. Dit is in lijn met het overgrote deel van de auteurs dat thans bepleit dat art. 7:226 BW óók van toepassing is ingeval het gehuurde op het moment van overdracht nog niet door de huurder in gebruik is genomen⁶⁶ en zelfs ingeval de huurovereenkomst ná de koop, maar vóór de levering is gesloten.⁶⁷

Ook een kantonrechter in Utrecht heeft in bedoelde zin geoordeeld: *"De kantonrechter overweegt dat in het licht van de ratio en strekking van art. 7:226 BW ('koop breekt geen huur') geen principieel onderscheid gemaakt kan worden tussen de huurder aan wie op het moment van de eigendomsoverdracht van het gehuurde het genot reeds verschaft is en de huurder aan wie dat genot nog niet verschaft is. Met de regel 'koop breekt geen huur' wordt immers het persoonlijke recht van de huurder (gebruik van het gehuurde) boven het zakelijke recht van de verkrijger (eigendom van het gehuurde) gesteld. Hiermee heeft de wetgever beoogd, zo blijkt ook uit de toelichting bij 1612 BW (oud), het belang van de huurder bij de continuering van het gebruik van het gehuurde zwaarder te laten wegen dan het belang van de koper/verkrijger bij de onbelemmerde en onbezwaarde eigendom van het gehuurde. De kantonrechter overweegt dat de enkele omstandigheid dat op het moment van de eigendomsoverdracht van het gehuurde, het gehuurde nog niet in gebruik gegeven is aan de huurder, niet tot een andere weging van belangen moet leiden."*⁶⁸

In de situatie waarin de te huren bedrijfsruimte bij het aangaan van de huurovereenkomst in het geheel nog niet bestaat of zal worden herontwikkeld is het echter niet alleen zo dat de huurder het gehuurde nog niet in gebruik heeft genomen, maar ook dat de huurovereenkomst nog niet is ingegaan. Hoewel Kerpestein meent dat als het gehuurde nog niet in gebruik is genomen art. 7:226 BW wél werking heeft, meent hij dat de huur in zo'n geval al wel moet zijn ingegaan.⁶⁹ Waar hij verwijst naar het artikel van Visser voor zijn stelling dat de ingebruikname door de huurder niet relevant is voor de toepasselijkheid van art. 7:226 BW ziet hij over het hoofd dat Visser in zijn artikel de ingebruikname laat samenvallen met de ingangsdatum van de huurovereenkomst. Wij zien ook geen wezenlijk verschil tussen de situatie waarbij het gehuurde nog niet aan de huurder ter beschikking is gesteld, maar de huurovereenkomst al wel is ingegaan en de situatie waarbij de

62. Zie bijv. HR 8 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4564, NJ 1983/646 (*Jaspars/De Kleine Comedie*).

63. Vgl. Hof Den Haag 27 januari 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH1603, WR 2009/56.

64. Zie ook C. Otte, 'Een praktische leidraad 'Koop breekt geen huur'', *TvHB* 2019/4, p. 273-280 (UDH:TvHB/15696); F.C. Borst, 'Koop breekt geen huur... ..maar welke rechten en verplichtingen inzake de huur gaan nu mee over bij overdracht van het gehuurde?', *TvHB* 2005/3, p. 76-81 (UDH:TvHB/1719).

65. C. Otte, 'Een praktische leidraad 'Koop breekt geen huur'', *TvHB* 2019/4, p. 273-280 (UDH:TvHB/15696).

66. A. Wijnans en W.G. Greijskamp, 'Grondslagen voor overgang van huurrechten- en verplichtingen in vastgoedtransacties', *TvHB* 2021/4, p. 252-263 (UDH:TvHB/16813); P.L. Visser, 'Werkt art. 7:226 BW in de situatie dat het gehuurde niet in gebruik is genomen?', *TvHB* 2010/3, p. 101-104 (UDH:TvHB/8653); T.W. de Waard, 'Praktijkvoorbeelden van problematiek rond art. 7:226 BW', *TvHB* 2016/5, p. 284-289 (UDH:TvHB/13491).

67. *Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II* 2021/151; Jongbloed, GS Huurrecht, art. 7:226 BW, aant. 16 (actueel t/m 12-08-2020).

68. Rb. Utrecht 11 juli 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3528 WR 2012/136.

69. G.M. Kerpestein, *Huurrecht bedrijfsruimte*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019, par 7.1 onder verwijzing naar P.L. Visser, 'Werkt art. 7:226 BW in de situatie dat het gehuurde niet in gebruik is genomen?', *TvHB* 2010/3, p. 101-104 (UDH:TvHB/8653)

huurovereenkomst nog niet is ingegaan en het gehuurde (logischerwijs) nog niet aan de huurder ter beschikking is gesteld. In beide situaties is het vastgoed op het moment van overdracht verhuurd, zodat onzes inziens – in lijn met de wetsgeschiedenis –⁷⁰ art. 7:226 BW werking heeft.⁷¹ Datzelfde geldt onzes inziens ook ingeval de huurovereenkomst onder een opschortende voorwaarde is aangegaan. Op het moment van de overdracht is het vastgoed immers verhuurd op grond van een huurovereenkomst. Dat de huurovereenkomst onder een opschortende voorwaarde is aangegaan, heeft als gevolg dat niet de verbintenissen zelf, maar uitsluitend de werking daarvan tot het in vervulling gaan van de voorwaarde is opgeschort.⁷²

2.5. Slotsom

Uit het voorgaande blijkt dat art. 7:226 BW niet het brede toepassingsbereik heeft waar vaak van wordt uitgegaan. Het artikel is immers niet in alle gevallen waarbij een huurder met een nieuwe verhuurder te maken krijgt van toepassing. Indien bijvoorbeeld een ontwikkelaar die de grond niet in eigendom heeft met een huurder een huurovereenkomst aangaat en de grond wordt geleverd aan een eindbelegger, dan is art. 7:226 BW niet van toepassing.⁷³ Daarnaast volgt uit het voorgaande dat niet alle bepalingen overgaan, althans dat in een groot aantal situaties daar onzekerheid over bestaat. Tot slot gaan op grond van art. 7:226 BW de opeisbare rechten en verplichtingen van vóór de overdracht niet over op de nieuwe verhuurder.

Zeker ingeval van de in dit artikel beschreven situatie, waarbij het verhuurd zijn van het vastgoed en in de regel de inhoud van de volledige huurovereenkomst belangrijk zijn voor de transactie is het daarom raadzaam voor partijen om zelf in de hand te hebben dát en in hoeverre de huurovereenkomst overgaat. Nu in die situatie ook veelal geen sprake is van 'oude' rechten en verplichtingen (in welk geval het soms juist gunstig is dat deze niet mee overgaan) is een contractsovername ex art. 6:

159 BW⁷⁴ de aan te bevelen route. In de huurovereenkomst zou hierop al door de verhuurder kunnen worden geanticipeerd door de verplichting op te leggen de huurovereenkomst bij wege van contractsovername over te laten gaan op een verkrijger én de huurder daar al bij voorbaat mee te laten instemmen. In die situatie is verzekerd dat (voor zover partijen niet afspreken dat bepaalde bedingen buiten de contractsovername blijven) de volledige huurovereenkomst overgaat op de verkrijger. Hiertoe zou in de huurovereenkomst de volgende bepaling kunnen worden opgenomen: *"Ingeval van overdracht van de zaak waarop de Huurovereenkomst betrekking heeft draagt Verhuurder ervoor zorg dat de Huurovereenkomst [indien gewenst toevoegen: met uitzondering van [...] van de Huurovereenkomst] bij wege van contractsovername (artikel 6:159 BW) door Verhuurder aan de koper wordt overgedragen. Huurder zal haar medewerking aan de contractsovername verlenen. De akte contractsovername zal als allonge aan de Huurovereenkomst worden gehecht."*

3. Gebreken bij het ingaan van de huurovereenkomst

3.1. Toetsmoment: aangaan of ingaan?

Zit er een geruime tijd tussen het aangaan en het ingaan van de huurovereenkomst, dan rijst – zeker ingeval gedurende die periode het gehuurde wordt gebouwd of aanzienlijk wordt verbouwd – ook de vraag hoe moet worden omgegaan met gebreken die bij het ingaan van de huurovereenkomst aanwezig zijn, maar bij het aangaan logischerwijs niet. In zowel de meest recente algemene bepalingen behorende bij de ROZ modelhuurovereenkomst voor kantoorruimte⁷⁵ als voor winkelruimte⁷⁶ is het beroep van de huurder op huurprijzvermindering en schade (in beginsel)⁷⁷ uitgesloten.⁷⁸ De huurder kan in dat geval uitsluitend bij de verhuurder aankloppen voor herstel van het gebrek. Dergelijke exoneraties kunnen echter door de huurder worden vernietigd, indien sprake is van strijd met art. 7:209 BW. Dit artikel, dat van semi-dwingend recht is, bepaalt: *"Van de artikelen 206, leden 1 en 2, 207 en 208 kan niet ten nadele van de huurder worden afgeweken voor zover het gaat om gebreken die de verhuurder bij het aangaan van de overeenkomst kende of had behoren te kennen."*

70. A. de Jonge e.a. (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 7 titel 4 2008*, p. 940-941.

71. Zie in gelijke zin bijv. Tuinman, T&C BW, commentaar op art. 7:226 BW, aant. 2 (actueel t/m 01-09-2021); Asser/Rosset & Heisterkamp 7-II 2021/151; Jongbloed, GS Huurrecht, art. 7:226 BW, aant. 15 (actueel t/m 12-08-2020); A. Wijmans en W.G. Greijskamp, 'Grondslagen voor overgang van huurrechten- en verplichtingen in vastgoedtransacties', *TvHB* 2021/4, p. 252-263 (UDH:TvHB/16813); A. van der Hilst, 'Voorwaardelijke (huur)overeenkomsten', *TvHB* 2019/2, p. 95-104 (UDH:TvHB/15482). Zie in andere zin bijv. G.M. Kerpestein, *Huurrecht bedrijfsruimte*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019, par. 7.1; C. Otte, 'Een praktische leidraad 'Koop breekt geen huur'', *TvHB* 2019/4, p. 273-280 (UDH:TvHB/15696).

72. Asser/Sieburgh 6-I 2020/166.

73. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:173; HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9687, NJ 2004/316, m.nt. Stein (*Vagobel/Geldnet*).

74. I.C.K. Mol, 'Contractsovername en huurrecht', *TvHB* 2020/4, p. 221-235 (UDH:TvHB/16282).

75. Algemene Bepalingen Huurovereenkomst Kantoorruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230 a BW d.d. 30 januari 2015.

76. Algemene Bepalingen Huurovereenkomst Winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW d.d. 17 september 2012.

77. Art. 10.4 AB ROZ kantoorruimte en art. 11.4 AB ROZ Winkelruimte bepalen wanneer de betreffende exoneratie geen gelding heeft.

78. Art. 10.3 AB ROZ kantoorruimte en art. 11.3 AB ROZ Winkelruimte.

Bovenstaande regel is ook neergelegd in de algemene bepalingen bij bedoelde ROZ-modelhuurovereenkomsten, maar (mogelijk) op een voor de huurder nadeliger wijze, omdat er extra eisen lijken te worden gesteld.⁷⁹ Daar waar een rechter tot het oordeel komt dat bedoelde bepalingen een strengere eis stellen dan art. 7:209 BW, kan de huurder voornoemde bepalingen met succes vernietigen.

Over de maatstaf van 'behoren te kennen' zoals neergelegd in art. 7:209 BW is in de literatuur fel gedebatteerd.⁸⁰ Voor de in dit artikel beschreven situatie is een ander element van art. 7:209 BW relevant, namelijk het toetsmoment waarop de wetenschap bij de verhuurder van een gebrek aanwezig is, of behoort te zijn.

Art. 7:209 BW spreekt over het *aangaan* van de huurovereenkomst als moment waarop de wetenschap van de verhuurder van een gebrek aanwezig is of behoort te zijn. Ingeval echter tussen het aangaan en het ingaan het gehuurde wordt gebouwd of verbouwd, zou art. 7:209 BW (voor die situatie) een lege huls zijn. In zo'n situatie heeft de verhuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst immers nooit wetenschap van gebreken, evenmin behoort hij die wetenschap te hebben. Het gehuurde is op dat moment namelijk nog helemaal niet (her)ontwikkeld.

Ter toelichting van 'behoren te kennen' (dat in het ontwerp Houwing niet voorkwam) geeft de wetgever aan: *"In het algemeen echter is de verhuurder beter dan de huurder in staat zich inzicht in de werkelijke toestand van de zaak te verschaffen en is het redelijk ervan uit te gaan dat hij, alvorens te verhuren, een onderzoek als in de gegeven omstandigheden van hem kan worden gevergd, moet verrichten met het oog op de geschiktheid van de zaak voor het gebruik dat de huurder daarvan beoogt te maken. (...) Partijen kunnen met betrekking tot gebreken die na het aangaan van de overeenkomst zijn ontstaan, derhalve overeenkomen dat de huurder zelf de gebreken herstelt of dat de verhuurder niet aansprakelijk is voor de zgn. gevolgschade."*⁸¹

De wetgever spreekt consistent over 'aangaan' van de huurovereenkomst. Gezien de huurdersbeschermende achtergrond van art. 7:209 BW verwachten wij echter niet dat de wetgever bewust de situatie zoals beschreven in dit artikel buiten het bereik van deze bepaling heeft willen laten, maar lijkt het er veeleer op dat de wetgever uitsluitend de situatie voor ogen heeft gehad dat het gehuurde bij het aangaan van de huurovereenkomst al in de verhuurbare staat is.

Van Heeren komt in 2014 op grond van de tekst van art. 7:209 BW tot de conclusie dat het toetsmoment uitsluitend het *aangaan* van de huurovereenkomst kan zijn.⁸² In 2018 hanteerde het Hof 's-Hertogen-

bosch eveneens dit toetsmoment.⁸³ In die zaak waren partijen het in mei 2010 eens over de hoofdverplichtingen van de huurovereenkomst, werd deze in juli 2010 ondertekend en was de ingangsdatum 1 augustus 2010. Het Hof oordeelde dat het moment waarop overeenstemming over de hoofdverplichtingen was bereikt als 'aangaan' diende te worden beschouwd. Na het aangaan, maar voor het ondertekenen van de huurovereenkomst had een storm tot schade aan het asbesthoudend dak geleid. Er werden herstelwerkzaamheden uitgevoerd en pas op 19 maart 2012 werd het gehuurde aan de huurder opgeleverd. Bij de beoordeling van het beroep van de huurder op schadevergoeding als bedoeld in art. 7:208 BW oordeelde het Hof: *"Een redelijke uitleg van de term "aangaan van de overeenkomst" in de artikelen 7:208 en 7:209 BW brengt met zich mee dat als het moment van aangaan van de overeenkomst het moment dient te gelden waarop de hoofdverplichtingen worden aangegaan."* (r.o. 3.7) en *"Bij het aangaan van die verplichting was het bestaan van het gebrek dat feitelijk aan de nakoming in de weg stond nog niet bekend."* (r.o. 3.8). Om die reden beoordeelde het Hof de vraag of de schade aan de verhuurder kon worden toegerekend ex art. 7:208 BW.

Zeker in het geval het pand tussen het aangaan en het ingaan van de huurovereenkomst nog moet worden gebouwd komt deze uitkomst zeer onbillijk voor. Juist in zo'n geval heeft de verhuurder immers alle invloed op de bouw van het pand en de deugdelijkheid daarvan. In 2019 oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden in een situatie waarin het gehuurde op het moment van sluiten van de huurovereenkomst nog moest worden afgebouwd dat het toetsmoment van art. 7:209 BW het moment van ingebruikgeving was.⁸⁴ Het Hof overwoog: *"(...) De ratio van art. 7:209 BW is dat de verhuurder in het algemeen beter dan de huurder bekend is dan wel behoort te zijn met de toestand van de te verhuren zaak. Het gaat immers om zijn zaak die hij tegen een vergoeding (de huur) in gebruik geeft aan iemand anders (de huurder) die het pand niet kent en ervan mag uitgaan dat dit vrij is van gebreken. Dit uitgangspunt geldt onverminderd als het gehuurde, op het moment dat de huurovereenkomst tot stand komt, nog moet worden (af)gebouwd. Ook dan moet immers het moment van ingebruikgeving door de verhuurder aan de huurder nog plaatsvinden en mag de huurder ervan uit gaan dat het gehuurde op het moment van ingebruikgeving vrij is van gebreken. De verhuurder zal zich achteraf niet kunnen bevrijden van zijn hier geschetste aansprakelijkheid, als hij door een eenvoudig onderzoek, het gebrek aan het verhuurde had kunnen (doen) vaststellen. (...)".*

In zijn annotatie onder dit arrest juicht Tuinman de lijn van het Hof Arnhem-Leeuwarden toe. Hij geeft aan dat deze uitleg beter strookt met de beschermingsgedachte van art. 7:209 BW (en art. 7:208 BW).

79. Deze extra eisen zouden in de sleutel van het begrip 'gebrek' kunnen worden geplaatst zodat kan worden betoogd dat niet van art. 7:209 BW wordt afgeweken.

80. Zie L. Vrakking, 'Contractueel afwijken in het huurrecht: over verwachtingen, risico's en exoneration in de gebrekenregeling', WR 2015/01; Heikens, GS Huurrecht, art. 7:209 BW, aant. 5.2 (actueel t/m 15-05-2015).

81. A. de Jonge e.a. (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 7 titel 4 2008*, p. 242.

82. M. van Heeren, 'Art. 7:209 BW en nieuwbouwsituaties. Wanneer had een verhuurder een gebrek behoren te kennen?', *TvHB 2014/5*, p. 287-290 (UDH:TvHB/11667).

83. Hof 's-Hertogenbosch 4 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5105, WR 2019/85, m.nt. Hinskens-van Neck.

84. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:6038, WR 2019/134, m.nt. Tuinman. Al eerder oordeelde de kantonrechter Amsterdam in dezelfde zin: Rb. Amsterdam 6 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA0559.

Rossel is in de Asser echter kritisch over dit arrest en bepleit dat 'aangaan' in de zin van art. 7:209 BW (en art. 7:208 BW) het moment van het sluiten van de huurovereenkomst is.⁸⁵ Zij meent dat uit de wetsgeschiedenis duidelijk volgt dat de wetgever het aangaan van de huurovereenkomst als toetsmoment van art. 7:209 BW voor ogen had. Op dat moment moet de verhuurder de huurder over het gehuurde informeren en niet op het moment van ingebruikgeving. Ingeval op dat laatste moment sprake zou zijn van een gebrek, heeft de verhuurder volgens Rossel – onder verwijzing naar de toelichting Houwing – slechts een 'waarschuwingsplicht'. Rossel wijst er daarnaast op dat art. 7:208 BW, dat de aansprakelijkheid van de verhuurder voor schade veroorzaakt door een gebrek regelt, ook spreekt over 'aangaan' van de huurovereenkomst. Rossel betoogt dat, indien het toetsmoment het ingaan van de huurovereenkomst zou zijn, de verhuurder niet aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door een toerekenbaar gebrek indien dit gebrek tussen aangaan en ingaan ontstaat. Wij kunnen dit niet goed volgen. Indien een gebrek tussen het aangaan en het ingaan tot schade leidt, openbaart het gebrek zich in de regel op dat moment. Het is dus lastig voorstelbaar dat de verhuurder bij het ingaan van de huurovereenkomst niet bekend is met het gebrek. Mocht dat toch het geval zijn, dan kunnen wij het ons niet goed voorstellen dat, hoewel het gebrek aan de verhuurder toerekenbaar is, de verhuurder daar bij het ingaan niet mee bekend behoorde te zijn. Het lijkt er dus op dat Rossel een zeer theoretisch scenario schetst. Al met al achten wij het meest redelijk, zeker gezien het feit dat de wetgever niet heeft onderkend dat er een zekere periode kan zijn gelegen tussen het aangaan en het ingaan, dat het moment van ingaan het toetsmoment van art. 7:209 BW zou moeten zijn. Zeker ingeval het gehuurde nog moet worden gebouwd of verbouwd is het onzes inziens onbillijk om van het moment van aangaan uit te gaan. De verhuurder laat immers in dat geval het gehuurde (ver)bouwen en heeft volledig in de hand in welke staat hij het gehuurde op de ingangsdatum ter beschikking stelt. Tegen voornoemd standpunt pleit dat de verhuurder na het aangaan van de huurovereenkomst niet meer de mogelijkheid heeft om de definitie van gebrek contractueel in te kleuren. De verhuurder zou dit echter ook als wel van het aangaan als toetsmoment wordt uitgegaan uitsluitend kunnen doen als op dat moment het gehuurde reeds in verhuurbare staat is en dus niet als het gehuurde nog moet worden gebouwd of (aanzienlijk) zal worden verbouwd. Indien verhuurder immers – na het onderzoek te hebben gedaan dat de wetgever veronderstelt – constateert dat het door hem te verhuren pand in een bepaalde toestand verkeert, kan hij in de huurovereenkomst bepalen dat die toestand niet als gebrek kwalificeert. Zoals gezegd, heeft de verhuurder die mogelijkheid bij het ingaan van de huurovereenkomst niet meer. Indien echter van het ingaan van de huurovereenkomst wordt uitgegaan, hebben partijen wel

de mogelijkheid om de negatieve gevolgen daarvan contractueel weg te nemen. Niets staat er immers aan in de weg dat partijen afspreken dat eventuele exoneraties niet van toepassing zijn, indien verhuurder bij het ingaan van de huurovereenkomst met het gebrek bekend is dan wel behoort te zijn. Wij achten het onbillijk om het aangaan als toetsmoment te nemen. In dat geval draagt de huurder immers in feite het risico van een (nog door de verhuurder te (ver)bouwen) pand terwijl niet de huurder, maar de verhuurder de beschikking over het pand heeft.

3.2. Beroep op exoneratie door nieuwe verhuurder?

Voorts rijst de vraag wat er gebeurt als een gebrek zich openbaart nadat het vastgoed is overgegaan en de huurder ex art. 7:226 BW met een nieuwe verhuurder te maken krijgt. Op welke wijze moet worden beoordeeld of deze opvolgend verhuurder zich op een exoneratie kan beroepen? Is daarvoor relevant of de oorspronkelijk verhuurder het gebrek kende of behoorde te kennen of wordt uitsluitend gekeken naar de wetenschap van de opvolgend verhuurder? In 2013 oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden:⁸⁶ *"Art. 7:226 Burgerlijk Wetboek brengt niet met zich mee dat alle kennis van de vorige eigenaar en verhuurder aan de opvolgende eigenaar behoort te worden toegerekend."* (r.o. 4.19) en *"In dit verband behoeft allereerst onderzoek of een beperking of uitsluiting van de aansprakelijkheid in verband met art. 7:209 Burgerlijk Wetboek als zodanig mogelijk is. Bart's Retail (...) betoogt dat die vraag ontkennend moet worden beantwoord, omdat de verhuurder het gebrek behoorde te kennen in de zin van het slot van art. 7:209 Burgerlijk Wetboek. Dit betoog faalt. De omstandigheid dat het hier gaat om een gebrek in een eigenschap die de verhuurde zaak volgens de huurovereenkomst diende te bezitten is onvoldoende om te kunnen oordelen dat de verhuurder het gebrek diende te kennen. De omstandigheid dat de toenmalige verhuurder Bakker een aanneemer heeft ingeschakeld, maakt dat niet anders. Dat deze Bakker zou hebben gewaarschuwd, wordt door Bart's Retail niet gesteld. In dit verband is van belang dat het hier gaat om een exoneratiebeding dat wordt ingeroepen in de verhouding tot een commerciële partij. Bij het voorgaande komt nog dat eventuele kennis van Bakker niet aan Van Esch kan worden toegerekend, volgens hetgeen naar aanleiding van de achtste grief is overwogen."* (r.o. 4.22, onderstreeping toegevoegd).

Uit zijn annotatie onder voornoemd arrest blijkt van het ongemak van Huydecoper bij de uitkomst van deze zaak. Hij meent dat de opvolgend verhuurder op de voet van art. 7:226 BW de 'kwade trouw' van zijn rechtsvoorganger tegen zich zou moeten laten gelden.⁸⁷

85. Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2021/56a.

86. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4296, WR 2014/44, m.nt. Huydecoper.

87. Huydecoper, nr. 10 van zijn annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4296, WR 2014/44.

In het hiervoor al besproken arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden uit 2019 gaat het Hof 'om' en oordeelt: "Los daarvan dient naar het oordeel van het hof een opvolgend verhuurder art. 7:209 BW tegen zich te laten gelden. De huurder kan zich niet verzetten tegen een overdracht van het gehuurde. Indien een opvolgend verhuurder de beperkingen van art. 7:209 BW, anders dan de oorspronkelijke verhuurder, niet tegen zich zou hoeven laten gelden, zou de rechtspositie van de huurder buiten zijn toedoen verslechteren door de overdracht van het gehuurde, doordat de nieuwe verhuurder zich, in tegenstelling tot de oorspronkelijke verhuurder, wel op een beding kan beroepen dat aansprakelijkheid voor de in art. 7:209 BW bedoelde gebreken uitsluit. De bescherming die art. 7:209 BW de huurder wil bieden, zou daardoor worden tenietgedaan. Dat ligt, mede gezien het bepaalde in art. 7:226 BW, niet voor de hand. De huurder kan zich dan ook jegens een opvolgend verhuurder op art. 7:209 BW beroepen."⁸⁸

Den Engelsman betoogt dat het niet zou moeten gaan om 'toerekening' van kennis van de oorspronkelijk verhuurder aan de opvolgend verhuurder, maar dat de huurder een andere route zou moeten kiezen. Ingeval een opvolgend verhuurder zich beroept op een exoneratiebeding, zou de huurder dit beding namelijk moeten vernietigen waarna moet worden beoordeeld of het exoneratiebeding ten nadele van de huurder afwijkt. Daarvoor moet volgens Den Engelsman worden beoordeeld of de oorspronkelijk verhuurder het gebrek kende of behoorde te kennen. Indien dat het geval is, kan de huurder volgens Den Engelsman het beding vernietigen wat tot gevolg heeft dat het beding ook tussen huurder en opvolgend verhuurder niet geldt.⁸⁹ In de zaak die tot het arrest van het Hof Amsterdam van 10 mei 2022 leidde, betoogde de huurder dat de opvolgend verhuurder op het moment van de overdracht wist van het gebrek en om die reden geen beroep op een exoneratiebeding toekwam. Het Hof ging niet in deze redenering mee en oordeelde dat, nu de oorspronkelijk verhuurder het gebrek bij het aangaan van de huurovereenkomst niet kende, de opvolgend verhuurder een beroep op een exoneratiebeding toekwam.⁹⁰ Uit dit arrest kan worden afgeleid dat ook het Hof Amsterdam kijkt naar het moment waarop de huurovereenkomst is aangegaan.

3.3. Slotsom

Uit het voorgaande blijkt dat nog niet duidelijk is of het toetsmoment van art. 7:209 BW het aangaan of het ingaan van de huurovereenkomst is. Onzekerheid bestaat ook over de vraag of bij overdracht van vastgoed moet worden beoordeeld of de oorspronkelijk verhuurder wetenschap van het gebrek had of

behoorde te hebben of dat die wetenschap bij de opvolgend verhuurder aanwezig moet zijn. Dat laatste kunnen partijen simpel oplossen door te kiezen voor een contractsovername ex art. 6:159 BW in plaats van te vertrouwen op de werking van art. 7:226 BW. Niet alleen de huurder zal hier baat bij hebben, maar ook de oorspronkelijk verhuurder, nu hij anders na de overdracht met een claim van zijn oude huurder kan worden geconfronteerd.

4. Enkele overige aandachtspunten

Tot slot bespreken wij enkele overige aandachtspunten waarmee bij het contracteren met betrekking tot een te (her)ontwikkelen bedrijfsruimte rekening moet worden gehouden.

Een van die aandachtspunten is het prijspeil van de in de huurovereenkomst opgenomen bedragen. Indien tussen het aangaan en het ingaan van de huurovereenkomst geruime tijd is gelegen, valt te verwachten dat partijen er belang bij hebben dat die bedragen hun waarde behouden. Om die reden bevatten huurovereenkomsten vaak toevoegingen in de trant van 'prijspeil 1 januari 2023'. Hoewel deze toevoeging duidelijk lijkt, kan worden gevraagd wat partijen hiermee precies hebben bedoeld. Zo oordeelde de kantonrechter Rotterdam in een zaak hierover⁹¹ dat de toevoeging 'prijspeil 1 januari 2018' betekende dat de aanvangshuurprijs moest worden geïndexeerd per 1 januari 2018 per de daadwerkelijke aanvangsdatum van de huur per 1 december 2019. Dit bedrag moest vervolgens jaarlijks verder worden geïndexeerd conform de regeling daarover in de huurovereenkomst. De kantonrechter overwoog dat niet blijkt dat partijen hebben beoogd dat het risico van tussentijdse indexatie geheel voor rekening van verhuurder zou komen en dat huurder een professionele partij was, zodat verhuurder erop mocht vertrouwen dat de toevoeging duidelijk was voor de huurder. Ondanks deze uitspraak achten wij het onverstandig om te volstaan met de enkele toevoeging 'prijspeil datum'. In 2017 oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden namelijk dat een dergelijke toevoeging niet kon worden uitgelegd in de door de kantonrechter Rotterdam geoordeelde zin.⁹² Daarnaast wordt vaak uitsluitend achter de huurprijs een dergelijke toevoeging geplaatst, terwijl de huurder bijvoorbeeld groot belang kan hebben bij de indexatie van incentives, zoals huurkortingen en investeringsbijdragen. Tot slot rijst de vraag op welke wijze dergelijke bedragen moeten worden geïndexeerd. Is dat conform de methodiek uit de huurovereenkomst, of dient een andere methodiek te worden gebruikt? Om al deze redenen verdient het aanbeveling uiteen

88. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:6038, r.o. 5.5, WR 2019/134, m.nt. Tuinman.

89. E.D. den Engelsman, 'Art. 7:226 BW en art. 7:209 BW in samenhang bezien', *TvHB* 2017/6, p. 395-398 (UDH:TvHB/14651).

90. Hof Amsterdam 10 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1401, *TvHB* 2022/17 (UDH:TvHB/17433), m.nt. Van Lochem.

91. Rb. Rotterdam 22 april 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3094, *TvHB* 2022/16 (UDH:TvHB/17360), m.nt. Greijkskamp.

92. Hof Arnhem-Leeuwarden 7 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9659, WR 2018/113 werd anders geoordeeld, zie over dit arrest eerder in dit tijdschrift ook V. Boumans in zijn annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 31 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:8327, *TvHB* 2021/22 (UDH:TvHB/17040).

te zetten dat en op welke wijze de in de huurovereenkomst genoemde bedragen moeten worden geïndexeerd.

Een ander aandachtspunt betreft de opleversystematiek. Zo zal er doorgaans een oplevering plaatsvinden door de aannemer aan de verhuurder uit hoofde van de aannemingsovereenkomst en een oplevering door de verhuurder aan de huurder uit hoofde van de huurovereenkomst. Een verhuurder die een bedrijfsruimte met het oog op de huur heeft laten (ver)bouwen zal dit graag zo willen vormgeven dat hij daarbij niet met zijn vingers tussen de deur komt te zitten. Daartoe zou de verhuurder beide opleveringen gelijktijdig, althans de oplevering aan de huurder direct na de oplevering door de aannemer kunnen laten plaatsvinden en bij het aangaan van de aannemingsovereenkomst kunnen proberen af te spreken dat de aannemer ermee akkoord is dat de huurder aanwezig zal zijn bij de oplevering door de aannemer aan de verhuurder. Op die manier kan de huurder eventueel geconstateerde tekortkomingen melden zodat de verhuurder die in het proces-verbaal van oplevering met de aannemer kan opnemen en daarin kan vastleggen binnen welke termijn herstel door de aannemer zal plaatsvinden. Voorts zou de verhuurder bij het aangaan van de aannemingsovereenkomst kunnen proberen af te spreken dat de aannemer de verhuurder vrijwaart voor iedere aanspraak van de huurder jegens de verhuurder die het gevolg is van niet-correcte oplevering door de aannemer aan de verhuurder uit hoofde van de aannemingsovereenkomst.

Een laatste aandachtspunt betreft de omschrijving van het gehuurde. Zeker ingeval een huurovereenkomst wordt aangegaan voor een nog te bouwen bedrijfsruimte, maar ook ingeval een gebouw bijvoorbeeld in het kader van de herontwikkeling nog zal worden gesplitst, is de aanduiding van het gehuurde in de huurovereenkomst ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst nog niet altijd exact mogelijk. In de regel zullen partijen opteren voor BTW-belaste verhuur. Daarvoor is echter vereist dat de schriftelijke huurovereenkomst een omschrijving van de onroerende zaak met plaatselijke en kadastrale aanduiding bevat, oftewel: adres en kadastrale gegevens.⁹³ Het is daarom zaak om deze gegevens, zodra deze bekend zijn, in een allonge op de huurovereenkomst vast te leggen.

5. Samenvatting

In dit artikel hebben wij een aantal aspecten uiteengezet waarmee rekening moet worden gehouden bij het aangaan van een huurovereenkomst voor te (her)ontwikkelen bedrijfsruimte. Wij hebben de verschillende mogelijkheden van voorwaardelijk contracteren uiteengezet en de noodzaak tot het scherp formuleren van eventuele voorwaarden. Vervolgens

hebben wij besproken dat art. 7:226 BW niet de brede werking heeft waar vaak van wordt uitgegaan en dat zekerheidshalve bij de overdracht van de bedrijfsruimte kan worden gekozen voor een contractsovername. Daarna hebben wij de werking van de gebrekenregeling geschetst ingeval tussen aangaan en ingaan van de huurovereenkomst een geruime tijd ligt. Wij hebben dit artikel afgesloten met enkele specifieke aandachtspunten zoals de opleversystematiek.

93. Artikel 11 Wet op de Omzetbelasting 1968, jo. artikel 6a lid 2 Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968.