

ONDERVERHUUR

mr. I.C.K. Mol^l

7.1 Inleiding

Met name de bevoegde onderhuurder heeft in diverse wetsartikelen in titel 7.4 BW een serieuze plek verworven.² In dit artikel zal de positie van de onderhuurder in het huurrecht uiteen worden gezet; zowel ten opzichte van de onderverhuurder, de hoofdverhuurder als de curator.³ Daarbij wordt ook specifiek stilgestaan bij de onderhuurder van een bedrijfsruimte ex art. 7:290 BW en een ruimte ex art. 7:230a BW.

7.2 Onderverhuur in algemene zin

7.2.1 De hoofdregel

Voor 1 augustus 2003 luidde de hoofdregel dat onderverhuur zonder toestemming van de verhuurder *niet* geoorloofd was.⁴ Sinds 1 augustus 2003 luidt de hoofdregel als volgt:

“De huurder is bevoegd het gehuurde geheel of gedeeltelijk aan een ander in gebruik te geven, tenzij hij moest aannemen dat de verhuurder tegen het in gebruik geven aan die ander redelijke bezwaren zal hebben.”⁵

1 Ivette Mol is werkzaam als advocaat bij VMBS Advocaten.

2 Zie de artt. 7:211 lid 3, 7:220, 7:221, 7:230a, 7:296 lid 3, 7:297 lid 1, 7:299, 7:306, 7:308, 7:309 en 7:310 BW.

3 In dit artikel wordt niet specifiek ingegaan op de bijzondere regeling voor onderhuur die geldt bij de verhuur van woonruimte ex art. 7:232 BW (zie art. 7:244 BW), alhoewel er wel meerdere woonruimte-uitspraken worden genoemd. Ter gelegenheid van de ROZ-reeks van publicaties in het *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte* is in *TvHB* 2016 nr. 6, p. 338-344, UDH:TvHB/13781 de bijdrage ‘Onderhuur door de ROZ jaren heen’, van mr. I.C.K. Mol verschenen.

4 Zie art. 7A:1595 lid 1 BW (oud).

5 Zie art. 7:221 BW.

De reden van de omwenteling naar het huidige artikel was, aldus de wetgever, dat de verhuurder er in het algemeen geen zwaarwegend belang bij heeft dat de huurder de zaak zelf gebruikt en dat hij de overeenkomst in de regel ook niet met het oog op de persoon van de huurder aangaat.⁶ Het argument dat de huurovereenkomst in de regel niet met het oog op de persoon van de huurder wordt aangegaan, ligt ook ten grondslag aan art. 7:229 BW.⁷ Dit artikel ziet op de dood van de huurder, in welk geval de huurovereenkomst, als uitgangspunt, niet komt te eindigen.⁸

Deze omwenteling is niet zonder slag of stoot gekomen. De Nederlandse Orde van Advocaten, de Raad voor Onroerende Zaken en de Vereniging van Huurrecht Advocaten verzetten zich tegen deze formulering. Hun kritiek zag er, kort gezegd, op dat de wetgever miskent dat de identiteit van de huurder juist wel van belang is voor verhuurders en dat het criterium ‘redelijke bezwaren’ onduidelijk is: immers, ziet dit criterium uitsluitend op de te verwachten wijze van gebruik of ziet het ook op de identiteit van de onderhuurder?⁹

7.2.2 Reikwijdte ‘redelijke bezwaren’ en ‘moest aannemen’ in de zin van art. 7:221 BW

Aldus art. 7:221 BW is onderverhuur niet toegestaan als de huurder ‘moest aannemen’ dat de verhuurder tegen het in gebruik geven aan die ander ‘redelijke bezwaren’ zal hebben. Volgens de wetgever gaat het daarbij om wat de huurder moest aannemen ten tijde van het aangaan van de onderverhuur. De wetgever overwoog hiertoe:

“(…) Zonodig zal hij daartoe de verhuurder moeten inlichten en hem tijd geven zich een oordeel te vormen. Blijkt een onderhuurder waarvan de hoofdhuurder dat niet behoefde te verwachten, de zaak naderhand onbehoorlijk te gebruiken en maakt de verhuurder dan alsnog tegen de onderhuur bezwaar, dan blijft de onderhuur bevoegd gesloten. (...)”¹⁰

In het wetgevingsproces bestond kritiek op de oorspronkelijke formulering van dit artikel. Aanvankelijk werd niet gesteld dat de huurder ten tijde van de onderverhuur ‘moest aannemen’ dat de verhuurder redelijke bezwaren had, doch ‘kan verwachten’. Deze terminologie werd in het wetgevingsproces gekenmerkt als ‘te vaag’ en het verschaft de huurder onvoldoende rechtszekerheid; het advies volgde om deze terminologie duidelijker en strikter te omschrijven. ‘Kan verwachten’ wijzigde in het huidige ‘moest aannemen’; door te bepalen dat de huurder ‘moest aannemen’, in de zin dat het niet anders kon dan dat hij heeft aangenomen dat de verhuurder bezwaren zou hebben, zou tegemoet zijn gekomen aan de eerdere kritiek dat het artikel ‘te vaag’ was en ‘onvoldoende rechtszekerheid’ bood.¹¹

6 Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 26089, nr. 3, p. 33, onder 2 (MvT).

7 Art. 7A:1611 BW (oud).

8 Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 26089, nr. 3, p. 36-37, onder 1 (MvT).

9 Zie *Kamerstukken II 1999/00*, 26089, nr. 5, p. 13-14 (verslag).

10 Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 26089, nr. 3, p. 33, onder 2 (MvT).

11 Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 26089, nr. B, p. 7, onder 6 (advies Raad van State en nader rapport).

De ‘redelijke bezwaren’ zien zowel op de identiteit van de onderhuurder als op het voorgenomen gebruik. Weliswaar volgt dit niet letterlijk uit art. 7:221 BW, doch de wetsgeschiedenis zegt hier wel het nodige over. De volgende omstandigheden zouden ‘redelijke bezwaren’ kunnen opleveren:¹²

- ingebruikgeving/onderverhuur van een kostbaar object waarvan het gebruik geheel op de persoon van de huurder is toegesneden;
- ingebruikgeving/onderverhuur aan een gezelschap drugsverslaafden of aan een instelling waarvan zonder meer duidelijk is dat zij een voor de verhuurder kwetsende doelstelling heeft;
- ingebruikgeving/onderverhuur aan iemand die vanuit die ruimte producten van een concurrent van de verhuurder verkoopt, terwijl de onderverhuurder/hoofdhuurder in deze bedrijfsruimte aanvankelijk door de verhuurder vervaardigde producten verkocht;
- ingebruikgeving/onderverhuur voor activiteiten die een verhoogd risico voor schade opleveren of schadelijk zijn voor de reputatie van de gehuurde locatie;
- ingebruikgeving/onderverhuur aan onderhuurders die risicovolle activiteiten ontplooiën;
- ingebruikgeving/onderverhuur aan onderhuurders die een zorgwekkende financiële positie hebben;
- ingebruikgeving/onderverhuur aan een derde van een bedrijfsruimte welke een speciale zorg of deskundigheid vereist, waarover die derde niet beschikt.

De huurder zal derhalve zelf moeten onderzoeken of er omstandigheden in de weg staan aan het sluiten van een onderhuurovereenkomst.¹³ Het is dan ook aan te bevelen dat de huurder zichzelf in een voorkomende situatie de volgende twee vragen stelt:

Moet hij *ten tijde* van het aangaan van de onderverhuur aannemen, dat de hoofdverhuurder *redelijke* bezwaren heeft tegen:

1. de identiteit van de onderhuurder, en/of;
2. het gebruik?

Als het antwoord op deze twee vragen ‘nee’ luidt, ligt het niet in de rede om de verhuurder te informeren over de voorgenomen onderverhuur. Het uitgangspunt is immers dat de huurder in beginsel niet expliciet toestemming hoeft te vragen van de verhuurder.¹⁴ Als de verhuurder zich niet kan vinden in deze onderverhuur, dan ligt het op zijn weg om hiertegen bezwaar te maken. Dit is ook in lijn met het (als gezegd bekritiseerde) uitgangspunt van de wetgever dat de verhuurder er in het algemeen geen zwaarwegend belang bij heeft dat de huurder de zaak zelf gebruikt en dat hij

12 Zie (niet limitatief bedoeld): *Kamerstukken II* 2000/01, 26089, nr. 6, p. 25, onder 2 (nota naar aanleiding van het verslag); zie *Kamerstukken I* 2000/01, 26089, nr. 162, p. 23-24 (MvA); zie *Kamerstukken I* 2001/02, 26932, nr. 50, p. 3-4, onderdeel 5 (brief van de minister van Justitie).

13 Nu art. 7:221 BW van regeland recht is en het geregeld voorkomt dat art. 7:221 BW via een contractuele bepaling opzij wordt gezet (waarover hierna meer), speelt deze concrete vraag enkel als louter art. 7:221 BW van toepassing is.

14 Zie ook Van der Hoek, *GS Huurrecht*, art. 7:221 BW, aant. 28, digitaal: actueel t/m 11 januari 2012.

de overeenkomst in de regel ook niet met het oog op de persoon van de huurder aangaat. Als dat anders zou zijn geweest, zou het in de rede hebben gelegen dat de verhuurder hiertoe een expliciete bepaling zou hebben opgenomen in de huurovereenkomst. Bij twijfel ('zonodig' aldus de wetgever) kan het overigens aan te bevelen zijn om de verhuurder in ieder geval op voorhand schriftelijk te informeren.¹⁵

Als de onderhuurovereenkomst wordt gesloten zonder expliciete goedkeuring van de hoofdverhuurder en de hoofdverhuurder vervolgens betoogt dat de huurder ten tijde van het sluiten van de onderhuurovereenkomst 'moest aannemen' dat hij daartegen redelijke bezwaren zou hebben, dan ligt het in beginsel op de weg van de hoofdverhuurder zulks te stellen en aannemelijk te maken.¹⁶

7.2.3 Regelend recht

Art. 7:221 BW is van regelend recht. In veel huurovereenkomsten is een bijzondere regeling neergelegd die ziet op onderverhuur. De meest uiteenlopende regelingen komen voor: bijv. een absoluut verbod tot onderverhuur of een verbod tot onderverhuur behoudens toestemming van de verhuurder,¹⁷ of een regeling welke erin voorziet dat onderverhuur onder voorwaarden is toegestaan. Juist nu partijen vaak dergelijke specifieke onderverhuur bepalingen overeenkomen, hetgeen overigens ook vóór de inwerkingtreding van titel 7.4 BW het geval was, is de werking van art. 7:221 BW beperkt en is de kritiek in de voorfase van titel 7.4 BW (zie paragraaf 7.2.1.), achteraf beschouwd, wellicht te zwaar aangezet.¹⁸

7.2.4 Overgangswetgeving

Vóór 1 augustus 2003 gold (zoals hierboven reeds aangegeven) een algeheel verbod tot onderverhuur. Voor een verhuurder die het niet wenselijk achtte dat zijn huurder kon onderverhuren, bestond er dientengevolge geen noodzaak om een verbod tot onderverhuur contractueel vast te leggen. Art. 7:221 BW, dat onderverhuur in beginsel

15 Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 26089, 3, p. 33, onder 2 (MvT). In het aankondigen van een voorneemen tot onderverhuur schuilt wel een risico dat de verhuurder een mening vormt over de onderverhuurmededeling. Die mening kan uiteraard inhouden dat de verhuurder het niet eens is met deze onderverhuur in welk geval deze huurder het naar mijn mening niet zonder meer nog vrij staat om tot onderverhuur over te gaan.

16 In de parlementaire geschiedenis heeft de minister – in antwoord op vragen hierover – het volgende gesteld: "(...) *De verhuurder dient dit aannemelijk te maken aan de hand van zijn gegevens betreffende de onderhuurder, zoals betreffende diens gebrek aan kredietwaardigheid of diens antecedenten of activiteiten, voor zover deze de vrees rechtvaardigen dat hij zich niet als een goed huurder zal gedragen. Ook kan de verhuurder een beroep doen op wat de huurder heeft moeten opmaken uit gesprekken of correspondentie met de verhuurder ter zake van het gebruik door derden of met betrekking tot het belang dat de verhuurder heeft gehecht aan gebruik door uitsluitend de huurder zelf.* (...)" Zie *Kamerstukken I* 2001/02, 28064, nr. 325b, p. 13 (MvA).

17 Zie voor 7:230a ruimten art. 6.1 van het ROZ-model 2015 (algemene bepalingen) en zie voor art. 7:290 bedrijfsruimten art. 6.1 van het ROZ-model 2012 (algemene bepalingen).

18 Er is weinig gepubliceerde rechtspraak over de werking van zuiver art. 7:221 BW (zonder een bijzondere contractuele bepaling die voorziet in een regeling omtrent onderhuur). Een uitspraak waar dit artikel wel aan de orde kwam, is: Ktr. Haarlem 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BU9595.

(dus) wel toestaat, is niet van toepassing op huurovereenkomsten die zijn gesloten voor 1 augustus 2003, zie art. 208a Overgangswet NBW. De verhuurder dient er namelijk op te kunnen vertrouwen dat de huurder na de inwerkingtreding van art. 7:221 BW niet ineens tot onderverhuur bevoegd wordt als in de huurovereenkomst niet een verbod daartoe is opgenomen.¹⁹ Bij die huurovereenkomsten geldt derhalve nog altijd de regeling van art. 7A:1595 lid 1 BW (oud).

7.2.5 Bewijslast

De hoofdregel van de bewijslastverdeling is te vinden in art. 150 Rv:

“De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.”

Het is voor verhuurders evenwel niet altijd eenvoudig om vast te kunnen stellen dat de huurder het gehuurde onbevoegd in gebruik heeft gegeven aan derden (alhoewel dat bij art. 7:290 bedrijfsruimten en art. 7:230a ruimten veelal aanzienlijk minder bewerkelijk zal zijn dan bij woonruimten). Te meer nu een verhuurder niet altijd kan vaststellen wat er zich in het gehuurde afspeelt, kan het zinvol zijn om daartoe een voorziening te treffen in de huurovereenkomst. Dat is mogelijk door overeen te komen dat huurder de bewijslast krijgt dat het gehuurde niet is onderverhuurd: aldus wordt de bewijslast omgekeerd. De wetgever noemde deze variant ook al in de parlementaire geschiedenis.

“Bewijsafspraken die aan het wettelijk bewijsrecht derogeren worden in beginsel geldig geacht. Daarbij wordt verwezen naar de bepaling die thans in artikel 153 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is te vinden. Een dergelijke bewijsafpraak valt ook niet onder artikel 236 onder k van Boek 6. Ook valt niet in te zien dat een dergelijk beding onredelijk bezwarend zou zijn, nu het gaat om feiten die geheel in de sfeer van de huurder liggen. (...)”²⁰

Weliswaar werd deze oplossing genoemd in het licht van art. 7:244 BW (de onderverhuurregeling in het woonruimte huurrecht), maar deze systematiek kan uiteraard ook worden toegepast bij andere vormen van verhuur.²¹

19 Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28064, nr. 3, p. 6 (Mvt).

20 Zie *Kamerstukken I* 2002/03, 26089, nr. 50, p. 6-7.

21 Zie bijv. Ktr. Rotterdam 28 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1434, WR 2015/21. Dit betrof een woonruimte kwestie. De bepaling tot omkering van de bewijslast luidde als volgt: “Indien de huurder het gehuurde zonder toestemming van verhuurder geheel of gedeeltelijk heeft onderverhuurd, in huur heeft afgestaan of aan derden in gebruik heeft gegeven, rust de bewijslast dat huurder onafgebroken het hoofdverblijf in het gehuurde heeft behouden op de huurder.” De huurder verdedigde dat deze omkering in strijd zou zijn met de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, verwierp de rechter dit standpunt. Het beding hield dan ook stand. Het is overigens wel van belang →

7.2.6 Is toestemming tot onderverhuur afdwingbaar?

Met betrekking tot de vraag of onderverhuur is toegestaan of toestemming hiervoor kan worden afgedwongen,²² zijn in hoofdlijnen de volgende relevante situaties te onderscheiden:

- a. contractueel is niets geregeld, zodat de hoofdregel van art. 7:221 BW geldt;
- b. contractueel is onderverhuur onvoorwaardelijk toegestaan;
- c. contractueel is onderverhuur onvoorwaardelijk uitgesloten;
- d. contractueel is onderverhuur voorwaardelijk toegestaan;
- e. contractueel is onderverhuur uitgesloten behoudens voorafgaande (schriftelijke) toestemming van de verhuurder (waarbij geregeld de aanvulling voorkomt dat de verhuurder zijn toestemming niet op onredelijke gronden of uitsluitend op redelijke gronden zal onthouden).

Ad a. Contractueel is niets geregeld (...)

Zie hetgeen hiertoe uiteen is gezet in paragraaf 7.2.2.

Ad b. Contractueel is onderverhuur onvoorwaardelijk toegestaan

Het verdient voor de verhuurder aanbeveling om onderverhuur contractueel niet onvoorwaardelijk toe te staan, omdat hij dan nagenoeg alle grip verliest op welke partij zijn pand gaat gebruiken.²³ Als de verhuurder contractueel onderverhuur onvoorwaardelijk toestaat, is er immers in beginsel geen ruimte voor hem om eisen

om zorgvuldigheid te betrachten bij de redactie van een dergelijke bepaling. Zie bijv. ook Hof Amsterdam 20 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:951, waarin de verhuurder in hoger beroep een grief richtte tegen de bewijslastverdeling (de verhuurder verweet de huurder geen gebruik te maken van de woonruimte, reden waarom de verhuurder de ontbinding van de huurovereenkomst en ontruiming van het gehuurde vorderde; volgens de kantonrechter had de verhuurder de bewijslast van zijn standpunt). Het hof verwierp deze grief evenwel met het argument dat de verhuurder niet had gesteld dat de huurovereenkomst een bewijsafpraak zou bevatten op grond waarvan moest worden afgeweken van de hoofdregel van art. 150 Rv.; hieruit volgt nogmaals dat het mogelijk is om overeen te komen dat de bewijslast wordt omgekeerd. Zie onder meer Beenders, 2018, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 153 Rv, aant. 1 t/m 5, digitaal: actueel t/m 1 januari 2018. Anders: Vzr. Rb. Amsterdam 8 juli 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR3088; de voorzieningenrechter oordeelde in deze (ook) woonruimtekwestie dat de bewijslastbepaling (welke was opgenomen in de algemene voorwaarden) in strijd was met 'Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, meer in het bijzonder onderdeel q van de indicatieve lijst', zodat het beding als onredelijk bezwarend werd aangemerkt.

22 Zie ook F.C. Borst, 'Over leegstand, voortijdige huurbeëindiging, onderhuur en het staken van de exploitatie', *TvHB* 2009, UDH:TvHB/7796, p. 4-7 en A. Kemp, 'Toestemming voor onderverhuur geweigerd? Bevoegdheid tot onderverhuur en de mogelijkheden voor een verhuurder om zich tegen onderverhuur te verzetten', *TvHB* 2013, UDH:TvHB/10330, p. 4 t/m 11. Zie nader over contractuele afwijkingen en de wijze waarop in rechte hiermee om wordt gegaan: I.C.K. Mol, 'Onderhuur door de ROZ jaren heen', *TvHB* 2016, UDH:TvHB/13781, p. 338-344.

23 Zie in dit verband bijv. Ktr. Haarlem 26 oktober 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AU5673, waarin partijen een ongeclausuleerd recht tot onderverhuur waren overeengekomen. Ondanks getuigenverhoren werd de stelling van de verhuurder dat partijen niet bedoeld hadden een onvoorwaardelijke recht tot onderverhuur overeen te komen, niet bewezen geacht.

te stellen aan de kwaliteit of statuur van een eventuele onderhuurder.²⁴ Illustratief daarvoor is het arrest van het Hof Arnhem van 29 september 2009, waar de verhuurder lijdelijk moest toezien, dat het hof hem niet de bevoegdheid gunde om eisen te stellen aan de kwaliteit van de huurder.²⁵

Ad c. Contractueel is onderverhuur onvoorwaardelijk uitgesloten

Als een verhuurder onder geen beding kan instemmen met onderverhuur, is het aan te bevelen in de huurovereenkomst een absoluut verbod tot onderverhuur op te nemen. Maar zelfs indien dit is bepaald, is het niet ondenkbaar dat er omstandigheden zijn die eraan in de weg kunnen staan dat de verhuurder de huurder houdt aan dit verbod. De huurder zou kunnen betogen dat het beroep van de verhuurder op het onderverhuurverbod naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.²⁶ De slagingskansen daarvan hangen af van tal van omstandigheden zoals:

24 Overigens is het niet onmogelijk dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in bepaalde omstandigheden erin kan resulteren dat de huurder toch niet zonder meer tot onderverhuur aan een bepaalde derde over mag gaan. Een dergelijk beroep zal mijns inziens slechts in zeer uitzonderlijke situaties succesvol kunnen en mogen zijn. Immers, de verhuurder heeft de huurder onvoorwaardelijk toegestaan tot onderverhuur over te kunnen gaan. Als de verhuurder dit anders had gewenst, dan zou het in de rede hebben gelegen dat hij in de contracteerfase had bedongen dat er voorwaarden zouden kunnen worden gesteld aan de identiteit van de onderhuurder.

25 Zie Hof Arnhem 29 september 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK9056, *WR* 2010/12 (*Ernst & Young/NSI Kantoren BV*). In deze kwestie was het huurder ongeclausuleerd toegestaan onder meer tot onderverhuur over te gaan. Verhuurder vorderde in (incidenteel) hoger beroep, kort gezegd, dat huurder veroordeeld zou worden het gehuurde in gebruik te houden totdat hij het gehuurde direct aansluitend aan zijn vertrek in onderhuur had gegeven aan een derde, welke derde van een gelijkwaardige kwaliteit en statuur als huurder moest zijn. Bovendien mocht die partij geen afbreuk doen aan de beleggingswaarde van het gehuurde en/of het complex (waarvan het gehuurde deel uitmaakt) als geheel. Verhuurder vreesde anders dat hij schade zou lijden bestaande uit: beleggingsschade, aantasting van de goodwill van het gebouw, alsmede uit nadeel doordat zittende huurders zullen vertrekken, potentiële huurders niet zullen aanhuren en mogelijke kopers niet zullen kopen. De vordering werd afgewezen; bovendien volgde ook nergens uit dat de voorgenomen onderhuur-kandidaat tekort zou schieten in zijn verplichting het gehuurde daadwerkelijk te gebruiken. Het is overigens niet ondenkbaar dat als een verhuurder het reële vermoeden heeft dat de beoogde onderhuurder zich zodanig zal gedragen dat de hoofdhuurder tekort zal schieten in zijn verplichtingen onder de huurovereenkomst, dergelijke kwaliteitseisen wel kunnen worden opgelegd. Daar waar deze verhuurder het ongelijk aan zijn zijde kreeg ten aanzien van de vraag of hij kwaliteitseisen kon stellen aan de identiteit van de huurder, behaalde hij in een kort geding, dat enkele weken daarna plaatsvond, wel een overwinning. In die kwestie werd de huurder namelijk veroordeeld tot het integraal en stipt nakomen van alle verplichtingen onder de huurovereenkomst, waaronder het volledig in gebruik en ingericht houden van het gehuurde (zie *Vzr. Rb. Zutphen* 30 oktober 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK3434, *WR* 2009/13 (*NSI Kantoren BV/Ernst & Young*)); deze verplichting strekte zich ook uit tot de gedragingen van de onderhuurder. De bezwaren van de verhuurder tegen de voorgenomen onderverhuur waren daarmee enigszins weggenomen.

26 Zie *HR* 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2043, *NJ* 1996/684 (*IJsselmuiden/Brouwers*). In deze kwestie stond niet de vraag centraal of een verbod tot onderverhuur gehandhaafd diende te worden, doch dit arrest is wel illustratief voor een toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid bij verhuur. Hier betrof het woonruimteverhuur en werd door de verhuurder verdedigd dat de huurder zich niet te goeder trouw kon beroepen op de regels van huurbescherming. Ondanks dat de Hoge Raad deze stelling verwierp, overwoog deze wel dat huurbescherming buiten toepassing kan blijven voor zover toepassing in de gegeven omstan- →

de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen en de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest.²⁷ De rechter dient bij een beoordeling over deze derogerende werking de nodige terughoudendheid te betrachten.²⁸ Als de huurder het onderverhuurbod opzij wenst te laten zetten, dient de huurder zijn vordering daartoe dan ook deugdelijk te motiveren.²⁹

Ad d. Contractueel is onderverhuur voorwaardelijk toegestaan

Het is voor de verhuurder mogelijk om ten tijde van de contractsluiting voorwaarden te verbinden aan de onderverhuur,³⁰ met dien verstande dat als die voorwaarden te verstrekkend zijn deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen zijn (art. 6:248 lid 2 BW); zulks zal (zoals hiervoor is aangegeven) niet snel worden aangenomen.³¹ Contractuele voorwaarden waaraan gedacht kan worden zijn bijvoorbeeld de volgende: het is toegestaan om het gehuurde gedeeltelijke onder te verhuren; de onderhuurder dient te voldoen aan bepaalde eisen van moraliteit; onderverhuur aan een aan de huurder gelieerde entiteit is toegestaan. Als partijen ervoor kiezen om voorwaardelijk onderverhuur toe te staan, is het uiteraard van wezenlijk belang om de contractuele bepaling zodanig te formuleren dat er geen (reële) discussie mogelijk is over de vraag wat de reikwijdte is van die betreffende bepaling.³² Het Gerechtshof Arnhem legde (in kort geding) een onduidelijk gefor-

digheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (zie r.o. 3.5); zie ook Van der Hoek, *GS Huurrecht*, art. 7:221 BW, aant. 11, digitaal: actueel t/m 11 januari 2012; zie verder F.C. Borst, 'Over leegstand, voortijdige huurbeëindiging, onderhuur en het staken van de exploitatie', *TvHB* 2009, nr. 1, UDH:TvHB/7796, p. 4 t/m 7.

27 Zie o.a. HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745, *NJ* 1967/261 (*Saladin/HBU*).

28 Zie Valk, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:248 BW, aant. 4, digitaal: actueel t/m 5 december 2017.

29 Zie HR 25 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9329, *NJ* 1986/714, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Antenneverbod Smilde*). Zie bijv. ook Hof Arnhem 27 april 1993, ECLI:NL:GHARN:1993:AL2071, *Prg.* 1993/3923; het hof overwoog "(...) dat zij die toestemming slechts mag weigeren als zij daarbij een aanwijsbaar, redelijk belang heeft, doch anderzijds dat bij de aanwezigheid van een dergelijk belang zij toestemming mag weigeren (c.q. aan die toestemming voorwaarden kan verbinden) ongeacht het belang van Jansen, tenzij er een zodanige onevenredigheid tussen die belangen bestaat dat weigering van toestemming tegenover Jansen onaanvaardbaar zou zijn." (r.o. 17).

30 Zie bijv. Hof Arnhem 17 februari 2004, *WR* 2004/73 (*Score Retail/Ten Have c.s.*) in welke kwestie onderverhuur enkel met schriftelijke toestemming van verhuurder was toegestaan.

31 V.zr. Rb. Utrecht 18 april 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AI1925, *KG* 2003/126; de voorzieningenrechter baseerde zich hier overigens op art. 6:2 lid 2 BW.

32 Zie HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2102, *NJ* 1996/729, m.nt. P.A. Stein (*Metterwoon/VSB Bank*). In deze kwestie was VSB Bank als huurder met de rechtsvoorganger van Metterwoon als verhuurder overeengekomen dat: "(...) huurster heeft het recht het gehuurde na overleg met verhuurder geheel of gedeeltelijk aan anderen te verhuren onder haar verantwoordelijkheid (...)." VSB Bank huurde een winkelruimte met daarboven gelegen zelfstandige woonruimte (de kwalificatie van die huurovereenkomst stond niet ter discussie). De woonruimte was als zodanig onderverhuurd; het huurregime woonruimte was op die huurovereenkomst van toepassing. VSB Bank had voorafgaand aan de eerste onderverhuuring overleg gepleegd met de verhuurder; daarna bij nieuwe onderverhuringen niet meer. Metterwoon verdedigde dat VSB Bank voorafgaand aan iedere verhuuring overleg diende te plegen met de verhuurder; VSB Bank verdedigde dat een eenmalig overleg voldoende was; het hof volgde VSB in deze uitleg. In cassatie werd het middel dat was opgeworpen tegen deze uitleg verworpen.

muleerd verbod tot onderverhuur in het nadeel van de verhuurder uit (verhuurder vorderde ontruiming van het gehuurde vooruitlopend op de ontbinding van de huur-overeenkomst in de bodemprocedure; het gerechtshof wees deze vordering af).³³

Ad e. Contractueel is onderverhuur uitgesloten behoudens voorafgaande (schriftelijke) toestemming van de verhuurder

Heel geregeld komen partijen overeen dat het uitgangspunt is dat onderverhuur juist niet is toegestaan, doch dat zulks wel is toegestaan mits aan (een) bepaalde voorwaarde(n) wordt voldaan. Het onderscheid tussen deze variant en de eerdergenoemde variant onder d) is dat deze variant als uitgangspunt heeft dat onderverhuur niet is toegestaan; de andere variant heeft als uitgangspunt dat onderverhuur wel is toegestaan. Ook hier geldt weer dat het aan te bevelen is een dergelijke clause zo duidelijk mogelijk te formuleren (zie hiervoor bij sub d) en dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn om een huurder te houden aan het geclausuleerde onderverhuurverbod.

De clause; redactionele afwegingen?

Dat een zorgvuldige redactie van een contractuele bepaling van belang is voor de betrokken partijen, kwam hiervoor al aan bod. De keuze voor bepaalde bewoordingen in een overeenkomst hoeft niet van doorslaggevend belang te zijn, maar het is zeker niet zo dat deze geen enkel belang dienen; de redactie is derhalve wel degelijk van belang bij de uitleg van de overeenkomst.³⁴

In het verlengde hiervan dringt zich de vraag op of en zo ja wat het effect is van het positief (*onderverhuur is toegestaan, mits (...)*), dan wel het negatief (*onderverhuur is niet toegestaan, behalve (...)*) formuleren van een clause. Mijns inziens is het verdedigbaar dat er een verschil in betekenis kan zijn (hetgeen uitwerkt in de beoordeling van de condities die volgen in die clause): bij de positief geformuleerde bepaling is het uitgangspunt dat onderverhuur is toegestaan, zodat met inachtneming daarvan de conditie die daarop volgt, moet worden gewogen (zodat de weegschaal bij die beoordeling eerder positief zou moeten uitvallen). Aldus ligt het in de rede de condities in de negatief geformuleerde bepaling met meer terughoudendheid te toetsen (evenals de formulering van art. 6:248 lid 2 BW tot uitdrukking brengt dat bij de toepassing hiervan een terughoudende toepassing betracht dient te worden). Wellicht is het onderscheid marginaal, evenwel mag mijns inziens het verschil in redactie niet zonder meer worden genegeerd.

33 Het Hof Arnhem (kort geding) 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN4966. Het betrof weliswaar woonruimteverhuur, maar deze casus is in brede zin relevant.

34 Zie Valk, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:248 BW, aant. 2b, digitaal: actueel t/m 5 december 2017. Het voert te ver om hier nader in te gaan op de materie rondom 'uitleg van overeenkomsten', zodat voor nu volstaan wordt met een verwijzing naar voornoemde bron en naar de vaste rechtspraak hieromtrent: HR 13 maart 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4158, *NJ 1981/635* m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*); HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ 2005/493* m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*); HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687 (*34 eisers en de FNV/Condor Constructions*); HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ 2013/214 (Lundiform/Mexx)*; HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:148 (*eisers/LECC c.s.*).

Zo is het mijns inziens ook verdedigbaar dat het verschil kan maken of aan een onderverhuurclausule is toegevoegd dat ‘op onredelijke gronden goedkeuring niet wordt onthouden’ of dat ‘goedkeuring enkel op redelijke gronden wordt onthouden’. Met de toevoeging van een dergelijke passage aan een clausule, lijken partijen reeds in de contracteerfase kleur te geven aan een eventueel inhoudelijk debat, zo een partij goedkeuring onthoudt.³⁵ Immers, in een voorkomende omstandigheid zal de discussie zich overwegend concentreren rondom de kwaliteit van de reden die debet is aan deze onthouding. Kwalificeert de reden als ‘een redelijke grond’ of als ‘een onredelijke grond’ (afhankelijk van de redactie van de clausule)?

Deze discussie is naar mijn mening een andere (meer eenvoudige) dan die welke zich afspeelt als de huurder verdedigt dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zich ertegen verzetten dat de verhuurder zijn goedkeuring aan onderhuur onthoudt of (nog verstrekkender) de huurder houdt aan het absolute verbod tot onderverhuur (welke richting de discussie zal opgaan is afhankelijk van de redactie van de onderverhuurclausule). Een beroep van de huurder dat deze reden niet redelijk is (en daarmee de goedkeuring op onterechte gronden wordt onthouden), zal met aanzienlijk minder terughoudendheid succesvol kunnen zijn dan wanneer zulks wordt getracht langs de weg van art. 6:248 lid 2 BW (waarbij het doel zal zijn een bepaling buiten toepassing te zetten). Een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid dient immers met de nodige terughoudendheid te worden gehonoreerd.³⁶ Afhankelijk van de partij voor wie er wordt opgetreden, is het dan ook aan te bevelen kritisch om te gaan met het gebruik van deze ‘redelijkheids-passage’.

Ter illustratie

Ter illustratie volgt hieronder een beperkt overzicht van uitspraken waar telkens de vraag speelde of het de huurder al dan niet werd toegestaan tot onderverhuur over te gaan. De vordering tot het (kort gezegd) toestaan van onderverhuur werd niet toegewezen in de volgende kwesties:

- Het Hof Den Haag overwoog dat het onderverhuurbod ongewijzigd in stand bleef, nu de huurder tekortschoot in zijn motiveringsplicht over de kwaliteit van de potentiële onderhuurder. De huurder had de verhuurder niet geïnformeerd over de financiële gegoedheid, het kaliber en de hoedanigheid van de beoogde onderhuurder. De verhuurder verleende dan ook geen toestemming voor de onderverhuur. Het hof overwoog:³⁷ “(...) *Geïntimeerde als verhuurster is jegens het Timmerbedrijf als huurster niet verplicht (in het kader van schadebeperking) bij financieel onvermogen van huurster een onderhuurder te accepteren, zonder acht te slaan op diens financiële gegoedheid, hoedanigheid en kaliber. Dit geldt des te meer, nu [geïntimeerde] een winkelcentrum exploiteert. De beleggingswaarde hiervan wordt, volgens de onweersproken stellingen van [geïn-*

35 Zie voor toepassing hiervan: Vzr. Rb. Amsterdam 11 februari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM0840; Vzr. Ktr. Zaandam 24 augustus 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AY6677.

36 Zie Valk, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:248 BW, aant. 4, digitaal: actueel t/m 5 december 2017.

37 Zie r.o. 7, Hof ‘s-Gravenhage 13 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR6994, *TvHB* 2011, UDH:TvHB/9564, m.nt. I.C.K. Mol.

timeerde], immers mede bepaald door dit soort factoren (het werkelijke niveau van de exploitanten). (...)”.

- In het geschil dat speelde tussen de Staat der Nederlanden en de verhuurder Lidmar Properties was in de huurovereenkomst bepaald dat onderverhuur was toegestaan, na voorafgaande goedkeuring van verhuurder, en dat de verhuurder op onredelijke gronden zijn goedkeuring niet mocht onthouden. Het Hof Arnhem overwoog dat nu het aannemelijk was dat de beoogde onderhuurder het gehuurde grotendeels leeg zou laten staan, de verhuurder zijn goedkeuring kon onthouden aan onderverhuur aan deze partij.³⁸
- In de kwestie die speelde voor het Gerechtshof Arnhem op 17 februari 2004 werd eveneens goedkeuring onthouden.³⁹ Hierin had de huurder zonder schriftelijke toestemming van verhuurder een onderhuurovereenkomst gesloten, terwijl partijen juist na onderhandelen waren overeengekomen dat a) schriftelijke toestemming voorafgaande aan de onderverhuur vereist was en b) de verhuurder aan de onderverhuur voorwaarden kon verbinden). De verhuurder startte een ontbindingsprocedure en de huurder vorderde in reconventie alsnog toestemming voor de onderverhuur. De reconventie werd afgewezen (en de conventie toegewezen) onder meer aangezien uitdrukkelijk toestemming van de verhuurder vereist was en de verhuurder nu niet meer de mogelijkheid had om voorwaarden aan de onderverhuur te verbinden.
- Toestemming tot onderverhuur werd door de verhuurder eveneens geweigerd in een geval waarin de huurder (Argos Distributors Ltd.) verzocht om toestemming tot onderverhuur aan een Blokker filiaal.⁴⁰ Contractueel was onderverhuur toegestaan na schriftelijke toestemming, welke op onredelijke gronden niet zou worden onthouden. Verhuurder gaf gemotiveerd aan waarom hij zijn goedkeuring onthield en Argos startte een kort geding. De argumenten van de verhuurder die de rechter overtuigden (welke volgens de rechter ‘redelijk’ waren), waren dat met de komst van een Blokker filiaal in ieder geval één andere hoofdhuurder van de verhuurder in het winkelcentrum nadeel zou ondervinden, dat de Argos formule een bijzondere formule is die meer cachet geeft aan het winkelcentrum dan de bekende doorsnee Blokker winkel en dat Argos er zelf voor heeft gekozen haar exploitatie te staken. De voorzieningenrechter overwoog evenwel ook dat het wel *‘hoogst onredelijk en dus onaanvaardbaar zou zijn’* als de verhuurder niet bereid zou zijn tot een constructief overleg om tot een voor beide partijen aanvaardbare oplossing te komen. Omdat de verhuurder dit had aangeboden, wees de voorzieningenrechter de vordering van de huurder af. Als de verhuurder dit aanbod derhalve niet zou hebben gedaan, was de vordering mogelijk wel toegewezen.⁴¹

38 Zie Hof Arnhem 17 november 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL5943, TvHB 2010, UDH:TvHB/8512, m.nt. M. van Heeren; WR 2010/21 (*Staat der Nederlanden/Lidmar Properties I BV*).

39 Hof Arnhem 17 februari 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AO8361, WR 2004/73 (*Score Retail/Ten Have c.s.*).

40 Zie Vzr. Rb. Maastricht 20 oktober 1998, ECLI:NL:RBMAA:1998:AK0970, WR 1999/72.

41 Vzr. Ktr. Rotterdam 22 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1353, WR 2018/97 werd geconfron-

De vordering tot het toestaan van onderverhuur werd wel toegewezen in de volgende kwesties:

- Partijen waren overeengekomen dat onderverhuur niet was toegestaan, behalve als verhuurder zijn toestemming zou geven. Verhuurder zou enkel op redelijke gronden onderverhuur mogen weigeren en hij kon voorwaarden stellen aan de onderverhuur. Verhuurder stelde de voorwaarde dat zijn goedkeuring afhankelijk was van de goedkeuring van de eigenaresse (hoofdverhuurder). De Kantonrechter Apeldoorn overwoog evenwel dat hij die voorwaarde niet kon stellen; beslissend was slechts of de redelijkheid gebod dat de verhuurder meewerkte aan de onderverhuur.⁴² Deze uitspraak is mijns inziens discutabel nu het niet verkrijgen van goedkeuring van de eigenaresse mijns inziens juist bij uitstek als een redelijke grond zou moeten kwalificeren; om die reden is het mijns inziens juist wel begrijpelijk dat de verhuurder de voorwaarde stelt dat zijn goedkeuring afhankelijk is van de goedkeuring van de eigenaresse.
- Dutchtone/Orange zag zich gesteld voor aanzienlijke verliezen en verder exploiteren zou onverantwoord zijn. Dutchtone/Orange had dan ook een zwaarwegend belang bij onderverhuur. Onderverhuur was evenwel niet toegestaan, zonder voorafgaande toestemming van verhuurder. De verhuurder stemde niet in met onderverhuur; hij voerde aan dat de beleggingswaarde van het gehuurde zou dalen bij onderverhuur (wisselende huurdersbezetting zou de waarde doen verminderen) en hij zou anderszins schade lijden en risico lopen (een nadere onderbouwing volgt niet uit de uitspraak). Ondanks het contractuele onderhuurverbod diende de verhuurder de onderverhuur door Dutchtone/Orange toe te staan nu het verbod, gelet op het bepaalde in (aldus de voorzieningenrechter enkel) art. 6:2 lid 2 BW, buiten toepassing diende te blijven, aangezien de handhaving daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.⁴³

De toestemming tot onderverhuur kan in een bodemprocedure worden gevorderd door een verklaring voor recht te vragen inhoudende dat het huurder is toegestaan tot onderverhuur over te gaan aan een bepaalde partij. In een kort geding kan de onderverhuurder vorderen dat de verhuurder de onderhuur dient te gehengen en te gedogen tot het moment er in de bodemprocedure (onherroepelijk) beslist is op de gevraagde verklaring voor recht. Afhankelijk van het spoedeisende karakter kan ervoor worden gekozen om de voorlopige voorziening, vooruitlopend op een bodemprocedure, te voeren. Voor zover de uitkomst in een voorlopige voorziening is

teerd met een eis in reconventie van Marskramer kort voor de zitting, inhoudende het te gehengen en gedogen dat het gehuurde zou worden onderverhuurd aan Big Bazar. De verhuurder die (in beginsel wel geïnteresseerd was in verhuur aan een Big Bazar maar dan voor een andere locatie in hetzelfde winkelcentrum) twijfelde over de vraag of Big Bazar voor het gehuurde wel een volledig assortiment zou kunnen bieden. Onderzoeksmogelijkheden daartoe waren de verhuurder ontnomen (gelet op de korte termijn waarop huurder deze onderhuurmogelijkheid aan verhuurder had gesteld en de korte termijn waarop de eis in reconventie was ingediend), zodat de voorzieningenrechter de vordering in kort geding afwees.

42 Ktr. Apeldoorn 25 juni 1998, ECLI:NL:KTGAPD:1998:AI9779, WR 1999/26.

43 Vzr. Rb. Utrecht 18 april 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AI1925, KG 2003/126.

dat de verhuurder de onderverhuur dient te gehengen en gedogen staat nog niet vast dat het ook werkelijk is toegestaan om tot onderverhuur over te gaan. Het brengt dan ook risico's met zich om, vooruitlopend op het verkrijgen van goedkeuring tot onderverhuur van de verhuurder of een positieve uitkomst in een bodemprocedure, tot onderverhuur over te gaan en de onderhuurder toe te laten tot het gehuurde. Dit geldt te meer (of wellicht met name) als die onderhuurder in die fase investeringen gaat verrichten in het gehuurde. Het is dan ook aan te bevelen in een voorkomende situatie contractueel een voorziening te treffen teneinde de risico's van een eventuele negatieve uitkomst in een bodemprocedure het hoofd te kunnen bieden.⁴⁴

Wil de onderverhuurder het risico verkleinen dat de beoogde onderhuurder afhaakt, terwijl de verhuurder zijn gedachten laat gaan over het verzoek tot onderverhuur of terwijl de zaak onder de rechter ligt, dan kan ervoor worden gekozen een onderhuurovereenkomst te sluiten onder de opschortende voorwaarde dat de verhuurder instemt met deze voorgenomen onderverhuur of de vordering tot instemming met onderverhuur in rechte wordt gehonoreerd. Deze variant kan hoe dan ook werken als geen van partijen spoedig de huurovereenkomst in werking wil laten treden.

7.2.7 Toepasselijk huurregime onderhuurovereenkomst

De kwalificatie van de onderhuurovereenkomst houdt in de regel geen verband met de kwalificatie van de hoofdhurovereenkomst. De onderhuurovereenkomst wordt beoordeeld op zijn eigen merites. Het is dan ook zeer wel mogelijk dat de hoofdhurovereenkomst een andere kwalificatie heeft dan de onderhuurovereenkomst.⁴⁵

De kwalificatie van de onderhuurovereenkomst is in beginsel evenmin van invloed op de kwalificatie van de hoofdhurovereenkomst.⁴⁶ In het arrest van de Hoge

44 Welke voorziening aan te bevelen is om te treffen, is afhankelijk van het antwoord op de vraag wiens belangen het meest beschermd dienen te worden. Als de potentiële onderhuurder niet kan wachten om het gehuurde in gebruik te nemen, dan ligt het in de rede dat deze risico's bij hem worden neergelegd, terwijl dit weer anders kan zijn als juist de huurder deze onderhuurder op korte termijn aan zich wil binden.

45 Zie hoofdstuk 1 van dit handboek (Kwalificatie), geschreven door Sonja van der Kamp. Als de hoofd- en onderhuurovereenkomst door verschillende huurregimes worden beheerst, kan dat nadelig uitwerken voor de onderverhuurder en de onderhuurder. Denk aan de situatie dat de onderhuurovereenkomst een zelfstandige woonruimte betreft, terwijl de hoofdhurovereenkomst een ander huurregime kent. De onderhuurder komt dan geen beroep toe op de bescherming op grond van het bepaalde in art. 7:269 BW bij beëindiging van de hoofdhurovereenkomst.

46 Zie HR 20 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5598, NJ 1975/476, m.nt. G.J. Scholten (*Deen/Markerink*). De Hoge Raad overwoog hier: "(...) dat hieruit volgt dat de toepasselijkheid van de regeling van genoemde afdeling afhangt van de vraag of krachtens de huurovereenkomst het verhuurde bestemd is voor de uitoefening van een bedrijf als bedoeld in het tweede lid van art. 1624, doch noch dit noch enige andere bepaling van genoemde afdeling grond geeft voor de opvatting dat die wettelijke regeling zou ophouden te gelden, indien het niet de huurder zelf is die in het gehuurde bedoeld bedrijf uitoefent, doch een onderhuurder aan wie de huurder krachtens een hem daartoe bij de huurovereenkomst gegeven bevoegdheid het gehuurde heeft onderverhuurd." Zie bijv. ook Hof 's-Hertogenbosch 8 juni 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AQ5816, waarin deze (in r.o. 4.6.1) het volgende overwoog: "Een algemene rechtsregel die inhoudt dat een huurovereenkomst wordt geregeerd door het regime van de onderhuurovereenkomst (als deze een art. 7:290 BW-be-

Raad van 20 september 1985, ook wel bekend als ‘Zonshofje I’, was dat evenwel anders. In die casus waren de hoofdverhuurder en de hoofdhuurder overeengekomen dat het gehuurde bestemd was om te worden ingezet ten behoeve van kamerverhuur. De verhuurder betoogde dat op de hoofdhuurovereenkomst de Huurwet (thans art. 7:230a BW) van toepassing was. De Hoge Raad overwoog daarentegen in r.o. 3 het volgende:⁴⁷

“(...) Wat de tekst betreft: het complex als geheel voldoet niet aan de letter van de omschrijving van ‘zelfstandige woning’ van lid 3, zodat ook de onzelfstandige woningen (kamers) die ervan deel uit maken, niet voldoen aan de letter van de omschrijving van ‘woonruimte’ van lid 2, immers dientengevolge niet kunnen worden aangemerkt als een gedeelte van een zelfstandige woning. Niettemin moet uit de strekking van voornoemde bepalingen en van de daarmee samenhangende Huurprijzenwet woonruimte, te weten bescherming van de huurder, worden afgeleid dat deze wettelijke regelen – behoudens bijzondere omstandigheden waarvan te dezen niet is gebleken – op overeenkomsten tot huur en verhuur van kamers in een dergelijk complex van toepassing zijn. Daaruit vloeit dan weer voort dat de door het middel aan de orde gestelde vraag bevestigend moet worden beantwoord. Een ander antwoord zou immers tot het onaanvaardbare gevolg leiden dat ten aanzien van de verhuur van het complex en de onderverhuur van de kamers een verschillend wettelijk regime zou gelden, niet alleen met betrekking tot de in de vierde Afdeling geregelde onderwerpen, maar ook – nu de Huurprijzenwet woonruimte uitgaat van een begrip woonruimte dat niet wezenlijk verschilt van dat van art. 1623a – met betrekking tot de huurprijzen (...).”

De hoofdhuurovereenkomst in het *Zonshofje I* arrest volgde het regime van de onderhuurovereenkomst en kwalificeerde derhalve als een ‘woonruimte’ huurovereenkomst, (thans) ex art. 7:232 BW. De ratio van deze rechtsregel is om de onderhuurders van woonruimte (al dan niet onzelfstandig) te beschermen.⁴⁸ In het *Zonshofje I*

drijfsruimte betreft, of als het beschermingskarakter van de onderhuurovereenkomst zwaarder weegt dan van de hoofdhuurovereenkomst, kent het recht niet. Integendeel. Uit artikel 7:290 lid 3 BW (artikel 7A:1624 lid 2 (oud) BW) volgt dat de afhankelijke woning (onzelfstandige woning) het regime van de hoofdhuurovereenkomst volgt, hoewel in de regel de huurder van een woning door de wetgever meer bescherming wordt geboden dan de huurder van bedrijfsruimte. De wetgever heeft het huurregime van artikel 7:290 BW uitdrukkelijk willen beperken tot de bedrijfsruimte die gerubriceerd staan onder de in lid 2 gegeven definitie en heeft nergens bepaald dat een uitbreiding mogelijk is, noch dat een zodanige uitbreiding besloten ligt in een met toestemming van de hoofdverhuurder aangegane onderhuurovereenkomst die wel onder de bedoelde definitie valt te brengen.” Huurder ging in cassatie hetgeen resulteerde in het arrest HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4548, NJ 2006/101 (*ABS/Bladel en Welter*). In het arrest in cassatie kwam de kwalificatie van de onderhuurovereenkomst en de eventuele invloed daarvan op de hoofdhuurovereenkomst niet meer aan de orde.

47 Zie HR 20 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9008, NJ 1986/260, m.nt. P.A. Stein, (*Zonshofje I*). Eerdere rechtspraak waarin zulks ook reeds was uitgemaakt: HR 16 juni 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB5013, NJ 1972/503, *Prg.* 1972/749, m.nt. H. van de Heuvel: dit arrest zag specifiek op een kamerverhuurbedrijf.

48 Zie ook Ktr. Rotterdam 17 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4269, WR 2015/129; →

arrest werden onzelfstandige wooneenheden verhuurd; deze afstemmingsregel is evenwel ook van toepassing bij onderverhuur van zelfstandige wooneenheden.⁴⁹

Toen een hoofdverhuurder deze *Zonshofje I* rechtsregel wilde toepassen (en hij in zijn voordeel verdedigde dat op de hoofdhuurovereenkomst het woonruimteregi-

de hoofdverhuurder werd in de hoofdhuurovereenkomst (logischerwijs) niet gebonden aan de door de huurcommissie verlaagde huurprijs in één van de onderhuurovereenkomsten. Zie ook Hof Amsterdam 3 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1106, WR 2018/112 (zie *TvHB* 2017, UDH:TvHB/14274 voor de uitspraak in eerste aanleg met noot van J.L.R.A. Huydecoper): huurder huurde een aantal appartementen teneinde deze als short stay appartementen door te verhuren. Verhuurder zegde de huurovereenkomst op en zegde de ontruiming aan. Huurder startte een verzoekschriftprocedure ex art. 7:230a lid 1 BW en verdedigde primair niet-ontvankelijk te zijn en verzocht subsidiair een verlenging van de ontruimingsbeschermingsperiode. Verhuurder startte rondom het moment dat de verzoekschriftprocedure aanving een bodemprocedure en vorderde een verklaring voor recht dat art. 7:230a BW op de huurovereenkomst van toepassing was. Huurder verdedigde dat het woonruimte huurrecht (via *Zonshofje I*), althans het regime van art. 7:290 BW (hotel), van toepassing zou zijn. De beschikking volgde kort voor het vonnis in eerste aanleg: huurder werd ontvankelijk verklaard en de ontruimingsbeschermingsperiode werd verlengd. Enkele dagen daarna volgde het vonnis van de kantonrechter in de bodemprocedure: de uitkomst was dat art. 7:230a BW op de huurovereenkomst van toepassing was. De *Zonshofje I* regel ging niet op (nu deze bed & breakfast onderhuurders de woonruimte huurbescherming niet behoeften) en het regime van art. 7:290 BW was evenmin van toepassing (onder meer nu er geen hotel werd geëxploiteerd: essentiële elementen van een hoteldienstverlening ontbraken, zoals een receptie, dagelijkse schoonmaak en een ontbijtvoorziening). De huurder ging in hoger beroep van het vonnis (hij griefde tegen de overweging dat er geen essentiële elementen van de dienstverlening van een hotel aanwezig waren), maar legde zich neer bij de beschikking in de ontruimingsbeschermingsprocedure. Verhuurder verdedigde primair dat aan de beschikking gezag van gewijsde was toegekomen. Huurder betoogde dat aan de beschikking geen kracht van gewijsde toekwam, nu in het dictum van de beschikking niets is vastgesteld over de rechtsverhouding tussen partijen. Het hof volgt de huurder niet en overweegt, kort gezegd, dat gelet op de wijze waarop huurder in de verzoekschriftprocedure had geprocedeerd (primair: verzoek tot niet-ontvankelijkheid), het kwalificatievraagstuk centraal stond, zodat de rechter wel degelijk een oordeel had gegeven over de kwalificatie: dat oordeel voldeed dus aan de vereisten die gelden voor een oordeel waaraan gezag van gewijsde toekomt (r.o. 3.7). Dat de kwalificatie enkel in het lichaam van de beschikking staat, doet daar niets aan af. Het vonnis in eerste aanleg werd bekrachtigd. Als huurder in de appelprocedure kans had willen maken, had hij er dan ook verstandig aan gedaan zich te verzetten tegen de uitkomst in de verzoekschriftprocedure (daargelaten de vraag of huurder in die procedure het gelijk wel aan zijn zijde zou hebben gekregen). Zie ook V.zr. Ktr. Arnhem 17 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1499: verhuurder startte een ontruimingskort geding nadat huurder, na opzegging door verhuurder, het gehuurde niet had ontruimd; de vordering werd afgewezen omdat het woonruimte huurrecht op de hoofdhuurovereenkomst van toepassing werd verklaard op grond van *Zonshofje I*. De voorzieningenrechter nam er geen aanstoot aan dat de huurder (kort na de opzegging) verschillende onderhuurovereenkomsten had gesloten, nu het ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst ook de bedoeling van partijen was (hetgeen ook volgde uit de huurovereenkomst) dat het gehuurde als woonruimte werd onderverhuurd. Kritisch op het onverkort toepassen van de *Zonshofje I* rechtsregel in geval van hoofdverhuur van een zorgcomplex met een gemengde bestemming, zijn M.B.J. Thijssen en A.M.E. van Wijk-Driessen, 'De kwalificatieproblematiek bij onderverhuur van zorgcomplexen: is toepassing van het huurrecht voor woonruimte op de hoofdhuurovereenkomst wenselijk', *TvHB* 2015, nr. 4, UDH:TvHB/12404, p. 238-245. Voor een analyse van de kwalificatie van gemengde zorgcomplexen en praktische handreikingen, zie het artikel van R.A. Veldman en I.C.K. Mol, 'Zorg, gebruik en kwalificeren op maat; de kwalificatieproblematiek bij zorgcomplexen', *TvHB* 2014, UDH:TvHB/11665, p. 273-281.

49 Zie bijv. Ktr. Amsterdam 2 november 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7987.

me van toepassing was) haalde hij bakzeil bij de Voorzieningenrechter Amersfoort.⁵⁰ Als het woonruimtehuurregime van toepassing zou zijn, zouden de onderhuurders van de onzelfstandige wooneenheden niet worden beschermd. Uitsluitend de onderhuurder van een zelfstandige woonruimte geniet in beginsel onderhuurbescherming (art. 7:269 BW); als het woonruimteregime op deze huurovereenkomst van toepassing zou zijn, zouden deze onderhuurders het gehuurde moeten ontruimen (omdat in dat geval de hoofdhuurovereenkomst zou zijn geëindigd). De voorzieningenrechter volgde de huurder dan ook niet nu deze onderhuurders daarmee niet gediend waren; de *strekking* van de *Zonshofje I* regel prevaleerde boven de algemene bewoordingen van die regel zelf, aldus de voorzieningenrechter.

Overigens is het niet per definitie zo dat, als de onderverhuurde zaak kwalificeert als een ‘zelfstandige woonruimte’ en die huurovereenkomst wordt beheerst door het huurregime van art. 7:232 BW, de hoofdhuurovereenkomst te allen tijde hierdoor wordt beïnvloed. De hoofdverhuurder wordt zonder zijn instemming evenmin partij bij een hem niet bindende onderhuurovereenkomst die door andere regels wordt beheerst dan de hoofdhuurovereenkomst op grond waarvan hij het gehuurde aan de hoofdhuurder in huur heeft afgestaan.⁵¹ Zodoende komt deze onderhuurder niet zonder meer een beroep toe op de bescherming van de onderhuurders van zelfstandige woonruimte (ex art. 7:269 BW)⁵² jegens de hoofdverhuurder als de hoofdhuurovereenkomst eindigt. Deze onderhuurder komt enkel een beroep op deze bescherming toe, indien ook de hoofdhuurovereenkomst in zijn geheel of voor het onderverhuurde deel wordt beheerst door het woonruimteregime.⁵³ Daarbij is

50 Vzr. Ktr. Amersfoort 10 augustus 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4511, *TvHB* 2016, UDH:TvHB/13913, m.nt. A. Wijnans, *WR* 2017/10, m.nt. J.A. Tuinman. Deze uitkomst is te billijken, alhoewel op de argumentatie van de voorzieningenrechter mijns inziens het nodige valt af te dingen. Deze uitkomst is namelijk niet in overeenstemming met het *Zonshofje I* arrest. Het kan namelijk niet zo zijn dat de vraag welk huurregime de hoofdhuurovereenkomst beheerst afhankelijk wordt gesteld van de uitkomst van een bepaalde omstandigheid op dat moment (in dit geval: het ontbreken van onderhuurbescherming van de huurders van de onzelfstandige wooneenheden). Als dat anders zou zijn, dan kan de kwalificatie te pas en te onpas van kleur verschieten (afhankelijk van de op dat moment geldende omstandigheid van het geval). De voorzieningenrechter had er beter aan kunnen doen om vast te stellen dat het hem voorshands aannemelijk voorkomt dat de hoofdhuurovereenkomst wordt beheerst door het woonruimtehuurrecht (op grond van de rechtsregel van *Zonshofje I*) echter dat, gelet op de bijzondere omstandigheid van het geval, hij in kort geding niet de ontruimingsvordering kan toewijzen. Het zou namelijk zo kunnen zijn dat in een bodemprocedure overwogen wordt dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zich ertegen verzet dat de hoofdverhuurder zich erop kan beroepen dat deze specifieke onderhuurders geen onderhuurbescherming genieten (ex art. 7:269 BW).

51 Zie HR 28 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1244, *NJ* 1994/421 (*AHAM/Malherbe*), vgl. met name r.o. 3.4. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5154 (in cassatie is deze kwestie afgedaan op art. 81 lid 1 RO; zie HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1841).

52 Op grond van het bepaalde in art. 7:269 BW geniet een onderhuurder van een zelfstandige woonruimte bescherming als de woonruimte hoofdhuurovereenkomst eindigt. In dat geval wordt de hoofdverhuurder in beginsel verhuurder van de onderhuurder.

53 Zie HR 29 oktober 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4467, *NJ* 1983/213 (*Tolsma/Rens*). In deze kwestie was een ‘afhankelijke woonruimte’ onderverhuurd. De Hoge Raad overwoog daartoe in r.o. 3: “(...) Waar noch de tekst van de wet, noch de wetgevingsgeschiedenis daartoe noopt, mag de toepassings sfeer van een zo ingrijpend wetsvoorschrift als art. 1623k [thans 7:269 BW; auteur], niet worden uitgebreid tot gevallen van beëindiging van (hoofd)huurovereenkomsten die zelf →

beslissend wat partijen bij de (hoofd)huurovereenkomst, mede in aanmerking genomen de inrichting van het onderverhuurde gedeelte, omtrent het gebruik daarvan voor ogen heeft gestaan.⁵⁴ Het is daarentegen wel mogelijk dat bij de beantwoording van de vraag welke kwalificatie de hoofdhurovereenkomst heeft, de activiteiten van de bevoegde onderhuurder, gezamenlijk met de activiteiten van de hoofdhuurder, bijdragen aan de beantwoording van deze kwalificatievraag.⁵⁵ De activiteiten van de onderhuurder dienen dan (uiteeraard) wel in overeenstemming te zijn met de bestemming in de hoofdhurovereenkomst.

7.2.8 Gevolgen onbevoegde onderverhuur

Onbevoegde onderverhuur doet niets af aan de rechtsgeldigheid van de onderhuurovereenkomst; de gevolgen in de hoofdhurovereenkomst in verband met deze onbevoegde onderhuur kunnen echter wel van invloed zijn op de onderhuurovereenkomst.

niet beheerst worden door de art. 1623a e.v. [thans 7:232 e.v.; auteur]. Dit laatste zou tot gevolg hebben dat de verhuurder niet alleen – zonder dat daartoe zijn toestemming is vereist – partij wordt bij een tussen anderen tot stand gekomen huurovereenkomst, maar ook dat deze hem bindende (onder)huurovereenkomst door andere wettelijke regels – ook voor wat de vaststelling van de huurprijs betreft – geregeerd kan worden dan die welke de overeenkomst beheersen, op grond waarvan hij het verhuurde aan de (hoofd)huurder in huur had afgestaan. (...)

- 54 Zie HR 28 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1244, NJ 1994/421 (AHAM/Malherbe). Vgl. ook hoofdstuk 1 (Kwalificatie) van dit handboek, geschreven door Sonja van der Kamp, en Van der Hoek, *GS Huurrecht*, art. 7:269 BW, aant. 23, digitaal: actueel t/m 11 januari 2012. Een onderhuurder van een eigenlijke dienstwoning komt ook geen beroep toe op de bescherming ex art. 7:269 BW indien de hoofdhurovereenkomst niet tevens beheerst wordt door het woonruimteregime. Zie HR 30 mei 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9399, NJ 1986/659 (Scheepmaker/Hendrick de Keyser); zie bijv. ook Hof 's-Hertogenbosch 28 december 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BP0241.
- 55 Zie HR 10 maart 1995, NJ 1995/550, m.nt. P.A. Stein (Vlooiemarkt/Veiling De Kring). In dit arrest huurde Vlooiemarkt van Veiling de Kring een hal welke als bestemming had: “(...) door onderhuur van gedeelten van het gehuurde aldaar een zogenaamde vlooiemarkt te doen plaats vinden. Partijen verstaan hieronder de verkoop door particulieren, voor zover de wet dit toestaat, van gehele of gedeeltelijke inboedels, verzamelingen, sportuitrustingen, kampeerbenodigdheden, gedragen kleding, antiek, curiosa, bloembollen en zulks meer. Voorts ruilbeurzen voor artikelen als genoemde, boeken, grammofoonplaten, postzegels en andere verzamelartikelen, etc. etc. Verkoop van tuinbouwartikelen zal echter niet mogen plaatsvinden, evenmin als verkoop van vuurwapens en pornografische lectuur. Een en ander overeenkomstig de bestaande marktregels.” De Hoge Raad overwoog daartoe dat: “(...) wanneer de huurder bevoegd is tot onderverhuur, het voor de vraag of aan voormeld vereiste is voldaan, (mede) aankomt op de aard van het krachtens de overeenkomst van onderhuur en verhuur door de onderhuurder(s) in het verhuurde uitgeoefende bedrijf (vgl. HR 20 juni 1975, NJ 1975, 476 en HR 8 mei 1992, NJ 1992, 690). De Rechtbank heeft voorts miskend dat in een — ongewoon, bij het tot stand komen van de wettelijke regeling niet onder ogen gezien — geval als het onderhavige, waarin het verhuurde blijkens de overeenkomst van huur en verhuur in voege als voormeld bestemd is om te worden gebezigd tot het publiekelijk houden van een vaste, wekelijkse ‘rommelmarkt’, ter beantwoording van de vraag of aan voormeld vereiste is voldaan, in de eerste plaats moet worden gezien of de activiteiten van hoofdhuurder en onderhuurders gezamenlijk kunnen worden aangemerkt als het uitoefenen van een bedrijf dat, evenzeer als de bedrijven die in art. 1624 worden genoemd, wordt gekarakteriseerd door lokale goodwill en dat uit dien hoofde plaatsgebonden is, waarbij niet ter zake doet of steeds alle onderhuurders kunnen worden gezegd bedrijfsmatig op te treden. (...)” (r.o. 3.3.2).

Als de huurder zonder toestemming van de verhuurder over gaat tot onderverhuur, dan loopt de huurder het reële risico dat hij tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen uit de huurovereenkomst en dat hem wordt verweten dat hij het gehuurde gebruikt in strijd met het goed huurderschap (art. 7:213 BW) en hij het onbehoorlijk gebruikt.⁵⁶ Dit geldt zowel als de huurovereenkomst een onderverhuurverbod inhoudt als wanneer een dergelijke contractuele bepaling ontbreekt en het bepaalde in art. 7:221 BW geldt en de hoofdhuurder ‘moest aannemen’ dat de verhuurder tegen het in gebruik geven aan de ander ‘redelijke bezwaren’ zal hebben (zie paragraaf 7.2.2 over hetgeen hieronder kan worden verstaan).

Afhankelijk van de ernst van de tekortkoming kan onbevoegde onderverhuur grond opleveren voor een ontbinding van de hoofdhuurovereenkomst,⁵⁷ waarbij uiteraard wel geldt dat de aard van de tekortkoming de ontbinding dient te rechtvaardigen.⁵⁸

56 Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 26089, nr. 3, p. 34, onder 4 (MvT), *Kamerstukken II* 1999/00, nr. 6, p. 26, onder 3 (nota naar aanleiding van het verslag).

57 Zie art. 7:231 lid 1 BW; *Kamerstukken II* 1999/00, 26089, nr. 6, p. 26, onder 3 (nota naar aanleiding van het verslag). Zie bijv. Hof Den Haag 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4553. Deze kwestie betrof weliswaar een woonruimte aangelegenheid, doch is niettemin ook voor bedrijfsruimteverhuur interessant. De huurder werd slecht huurderschap verweten, terwijl hij ‘enkel’ het gehuurde te huur had aangeboden op het internet; ontbinding volgde ondanks dat de onderverhuur nog niet een feit was. Volgens het hof was voldoende dat als de verhuurder niet zou hebben ingegrepen, de woning zou zijn onderverhuurd. Andere situaties die ontbinding opleverden: zie bijv. Ktr. ‘s-Hertogenbosch 12 juni 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BD7667, waarin de huurder zonder toestemming en in weerwil van een verbod tot onderverhuur het gehuurde had onderverhuurd. Zie verder bijv. Hof Amsterdam 17 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4913, *WR* 2014/80, waarin de onderhuurder het gehuurde in strijd met de bestemming in de hoofdhuurovereenkomst gebruikte.

58 In het arrest van het Hof Amsterdam 8 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4432, beriep de verhuurder zich op het verbod tot onderverhuur (zoals neergelegd in de toepasselijke algemene bepalingen van het 290-bedrijfsruimte ROZ model van 1994), stellende dat de partij die in het gehuurde een restaurant exploiteerde, aldaar onbevoegd zat. Het hof verwierp dit betoog op grond van rechtsverwerking, nu de verhuurder van meet af aan wist dat deze partij het restaurant in het gehuurde exploiteerde en hem ook van meet af aan had aangemerkt als huurder. Zie verder bijv.: Hof Den Haag 24 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:464. Het Hof Amsterdam 11 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:3808 zag evenmin ruimte voor een ontbinding van de huurovereenkomst, ondanks dat: er geen toestemming was voor gedeeltelijke onderverhuur, de bestemming met deze onderverhuur was gewijzigd, de hoofdverhuurder niet op de hoogte was van de onderverhuur en de hoofdverhuurder tijdig hierover had geklaagd. Het hof overwoog (r.o. 4.13): “(...) *Ontbinding zou in dit geval betekenen dat [geïntimeerde] in zijn bedrijfsvoering fors wordt getroffen zonder enige tegemoetkoming van de kant van [appellante], terwijl het [appellante] slechts een leeg pand oplevert zonder direct uitzicht op exploitatiemogelijkheden. Daarvoor kan in de tekortkoming, die haar verder niet concreet benadeelt, onvoldoende rechtvaardiging worden gevonden. Dat geldt temeer omdat [appellante], nadat zij de verboden onderverhuur naar haar zeggen had ontdekt, het standpunt heeft uitgedragen dat zij [geïntimeerde] behulpzaam wilde zijn om tot een aanvaardbare bedrijfsverplaatsing te komen. Dat [appellante] het gehuurde vrij van huur wil hebben om te bevorderen dat te zijner tijd haar nalatenschap gemakkelijker kan worden verdeeld, zoals zij heeft uitgelegd bij gelegenheid van de pleidooien in hoger beroep, valt te begrijpen maar maakt in dit verband verder geen verschil. (...)*” Zie ook Ktr. Den Haag 18 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5139, *WR* 2015/133. Contractueel was onderverhuur zonder uitdrukkelijke toestemming van verhuurder verboden (zie art. 8.1 van het ROZ 2003 model voor 290-bedrijfsruimte, algemene bepalingen); verhuurder had zijn toestemming (na een →

Onbevoegde onderverhuur kan ook resulteren in een opzegging door de hoofdverhuurder, omdat de bedrijfsvoering van de huurder niet is geweest zoals dat een goed huurder betaamt.⁵⁹

Eerbiediging onbevoegde onderhuurovereenkomst door hoofdverhuurder?

De hoofdverhuurder kan ontruiming niet afdwingen als hij daarbij geen belang heeft.⁶⁰

Als de hoofdverhuurder de onderhuurder gedooft, mag ervan uit worden gegaan dat de hoofdverhuurder tegen de onderhuurder geen bezwaar heeft.⁶¹

7.2.9 Relatie onderverhuurder/onderhuurder

De onderhuurovereenkomst is een reguliere huurovereenkomst; of de onderhuur bevoegd of onbevoegd is aangegaan, is daarbij niet relevant. De onderhuurder wordt gebonden door het bepaalde in de onderhuurovereenkomst; het bepaalde in de hoofdhuurovereenkomst regardeert hem in beginsel niet. Echter, de onderverhuurder is wel jegens de hoofdverhuurder aansprakelijk voor de gedragingen van zijn onderhuurders, want hij is “(...) *op gelijke wijze als voor zijn eigen gedragingen aansprakelijk voor de gedragingen van hen die met zijn goedvinden het gehuurde gebruiken of zich met zijn goedvinden daarop bevinden.*” (art. 7:219 BW). De huurder kan derhalve worden aangesproken op de gedragingen van de personen als genoemd in dit artikel. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 22 juni 2007 (*Land van Rode/Siedow*) art. 7:219 BW enigszins genuanceerd.⁶² Als de huurder de gedragingen van de personen als bedoeld in art. 7:219 BW zelf zou hebben verricht en als die gedragingen “(...) *in strijd zouden zijn met diens verplichting zich als een goed huurder te gedragen en bovendien voldoende ernstig zijn om beëindiging van de opgezegde huurovereenkomst te rechtvaardigen.* (...)” kan de huurder aansprakelijk

verzoek tot onderverhuur) onthouden. Huurder sloot toch een onderhuurovereenkomst. Verhuurder sprak de huurder eerst enkele jaren nadat het verbod was gegeven hierop aan. Alle argumenten van de huurder ten spijt (verhuurder wist het veel eerder maar heeft niets gezegd, verhuurder heeft zijn rechten verwerkt), volgde een ontbinding van de huurovereenkomst. De weigering tot onderverhuur was evenmin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar. Anders in een soortgelijke kwestie: Hof Amsterdam 8 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4432.

59 Zie art. 7:296 lid 1 BW. Zie nader hierover hoofdstuk 11 (Beëindiging van huurovereenkomsten bedrijfsruimte) van dit handboek, geschreven door Nathalie Amiel en Arnout van der Hilst.

60 Zie art. 3:14 BW: “*Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.*” Zie ook *Kamerstukken II* 1997/98, 26089, nr. 3, p. 34, onder 5 (MvT).

61 Zie *Kamerstukken I* 2001/02, 26089, nr. 162, p. 24 (MvA). Hiervan zou onder omstandigheden sprake kunnen zijn als de hoofdverhuurder de betaling van de huurpenningen door de onderhuurder aanvaardt.

62 HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8743, NJ 2008/352 (*Land van Rode/Siedow*). Zie bijv. ook Vzr. Rb. Amsterdam 17 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ8059, WR 2013/92, waarin de onderverhuurder en de onderhuurder waren gedagvaard door de hoofdverhuurder in verband met geluidsoverlast welke werd veroorzaakt door de onderhuurder. Zowel de onderverhuurder als de onderhuurder werden veroordeeld tot het staken daarvan en tot het treffen van akoestische maatregelen. Zie ook Hof Amsterdam (kort geding) 23 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:220.

zijn ex art. 7:219 BW. “(...) *Daarbij is beslissend of geoordeeld moet worden dat de huurder zich, in het licht van die gedragingen, zelf niet als een goed huurder heeft gedragen. Bij de beantwoording van de vraag of hiervan sprake is, dient de rechter rekening te houden met alle omstandigheden van het geval, waaronder de vraag of er een voldoende verband bestaat tussen die gedragingen en het gebruik van het gehuurde. Daarvan is in elk geval sprake indien de huurder van (het voornemen tot) die gedragingen op de hoogte was, of daarmee ernstig rekening had te houden, maar heeft nagelaten de in verband daarmee redelijkerwijs van hem te verlangen maatregelen te treffen. (...)*” (r.o. 3.3.2).

De onderverhuurder doet er verstandig aan om de bepalingen in de onderhuurovereenkomst aan te laten sluiten bij het bepaalde in de hoofdhuurovereenkomst en de onderhuurder niet meer rechten te geven en niet minder verplichtingen op te leggen dan hij als hoofdhuurder heeft op basis van de hoofdhuurovereenkomst.

De onderhuurder kan evenwel ook de onderverhuurder aanspreken op gedragingen van de hoofdverhuurder die strijd opleveren met het bepaalde in de onderhuurovereenkomst.⁶³ En de onderverhuurder is gehouden zich als een goed onderverhuurder te gedragen, waarbij past dat hij in de hoofdhuurrelatie waakt voor de belangen van de onderhuurder.⁶⁴

Partijen kunnen – en vanuit het perspectief van de onderverhuurder is het zelfs aan te bevelen – in de onderhuurovereenkomst rechtsgeldig afspraken maken die erop zien dat als de onderhuurder een verzoek neerlegt bij de onderverhuurder, de vraag of dit verzoek wordt gehonoreerd en de termijn waarbinnen dit gebeurt, afhankelijk wordt gesteld van de medewerking van de hoofdverhuurder (voor zover daarmee niet wordt afgeweken van (semi-)dwingend recht). Denk hierbij bijvoorbeeld aan de hersteltermijn van ‘gebreken’ aan het gehuurde. Afhankelijk van het huurregime van de onderhuurovereenkomst en van de afspraak die partijen maken, behoeft een dergelijke afspraak de rechterlijke goedkeuring teneinde te voorkomen dat de onderhuurder die bepaling op enig moment kan aantasten (hierover meer in paragraaf 7.3.3).⁶⁵

Een onderwerp welke beslist afstemming behoeft, is de mogelijkheid om tot opzegging van de verschillende huurovereenkomsten over te kunnen gaan. Het is daarbij aan te bevelen om de opzegmogelijkheden in de onderhuurovereenkomst zo te redigeren dat als één van de huurovereenkomsten in de keten van huurovereenkomsten wordt opgezegd, de andere huurovereenkomst ook nog kan worden opgezegd.

63 Zie bijv. Ktr. Amsterdam 20 maart 2003, ECLI:NLRBAMS:2003:AK4764, WR 2003/48; de hoofdverhuurder had het winkelcentrum heringericht; dit handelen werd door de kantonrechter toegerekend aan de onderverhuurder (in de huurrelatie met de onderhuurder).

64 Zie Van der Hoek, *GS Huurrecht*, art. 7:221 BW, aant. 35, digitaal: actueel t/m 11 januari 2012. Zie voorts bijv. Vzr. Rb. Utrecht 23 december 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BV3058, waar de onderverhuurder vorderde dat de onderhuurder de bedrijfsruimte zou ontruimen omdat hij zich als een slecht onderhuurder zou hebben gedragen. De voorzieningenrechter achtte dit geenszins aannemelijk en wees de onderverhuurder op zijn verplichtingen als onderverhuurder, uit hoofde waarvan hij gehouden is te waken voor de belangen van de onderhuurder.

65 Zie hiertoe nader hoofdstuk 9 (Goedkeuring van afwijkende bedingen) in dit handboek, geschreven door Anneloes de Fouw en Katja Keij.

Als de onderverhuurder geen belang heeft bij de instandhouding van de hoofdhuurovereenkomst als de onderhuurovereenkomst eindigt, is het aan te bevelen om in de onderhuurovereenkomst de opzegmogelijkheid van de onderhuurder zo te redigeren dat als de onderhuurder tot opzegging overgaat, de onderverhuurder nog de mogelijkheid heeft om de hoofdhuurovereenkomst op te zeggen (denk hierbij bijvoorbeeld aan de situatie dat de hoofdhuurovereenkomst enkel tot stand is gekomen, omdat de hoofdverhuurder vanuit financieel perspectief niet rechtstreeks met de onderhuurder een huurovereenkomst wenste te sluiten).

Voor de onderverhuurder is het altijd aan te bevelen om zijn opzegmogelijkheid zo te redigeren dat als de hoofdverhuurder tot opzegging overgaat, de onderverhuurder nog de mogelijkheid heeft om de onderhuurovereenkomst op te zeggen (welke laatste variant met name relevant is bij onderhuurovereenkomsten ex art. 7:230a BW. Bij de huurovereenkomsten ex art. 7:290 BW speelt in een dergelijk geval immers art. 7:306 BW een rol. Zie verder hiertoe paragraaf 7.3.2).

7.2.10 Relatie hoofdverhuurder/onderhuurder

Zodra een onderhuurovereenkomst (al dan niet bevoegdlijk) tot stand komt, resulteert dit niet in een contractuele relatie tussen de hoofdverhuurder en de onderhuurder.⁶⁶

Onderhuurder versus hoofdverhuurder bezien vanuit het perspectief van de onderhuurder

De onderhuurder kan in beginsel uit hoofde van de onderhuurovereenkomst niets van de hoofdverhuurder afdwingen, partijen hebben immers geen contractuele relatie met elkaar.⁶⁷

In 2004 overwoog de Hoge Raad⁶⁸ in het arrest in de zaak *Vleesmeesters* tegen *Alog Onroerend Goed en Handelmaatschappij BV* evenwel dat dit anders *kan* zijn als de belangen van een derde (in dit geval de bevoegde onderhuurder) zo nauw betrokken zijn bij de behoorlijke uitvoering van een door derden gesloten overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet. De normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, kunnen meebrengen dat die contractant de belangen van

66 Zie HR 30 juni 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6325, NJ 1978/694 (*Van Schagen/Dickers*). Dit kan anders zijn bij de onderverhuur van een zelfstandige woonruimte, zie art. 7:278 lid 1 BW. Zie hier toe ook de rechtspraak die zich heeft ontwikkeld omtrent de samenhangende overeenkomsten, waarin ook bij herhaling is uitgemaakt dat het uitgangspunt is dat overeenkomsten alleen partijen binden: zie o.a. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1627, NJ 2015/2 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Eneco/Stichting Ronde van Nederland*); HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162, NJ 2012/60 (*Agfaphoto Finance/Foto Noort*).

67 Zie bijv. HR 7 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9740, NJ 1989/552 (*Hommen/Esplanada*); HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1627, NJ 2015/2, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Eneco/Stichting Ronde van Nederland*); HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162, NJ 2012/60 (*Agfaphoto Finance/Foto Noort*).

68 Zie HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, WR 2005/1, NJ 2008/587, m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*), r.o. 3.4 (zie ook HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496, NJ 2012/59 (*Wierds/Visseren*)).

de betreffende derde dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. In deze kwestie verhuurde Euro Invest Kerkrade B.V. een bedrijfsruimte aan Alog. Alog verhuurde die ruimte onder aan enerzijds Aldi Best B.V. (die daarin een Aldi-supermarkt exploiteerde) en anderzijds aan de rechtsvoorganger van Dumeco Retail B.V. ('Dumeco').⁶⁹ Dumeco verhuurde dat deel weer onder aan Vleesmeesters. Vleesmeesters exploiteerde een slagerij in de Aldi-supermarkt. Aldi staakte de bedrijfsvoering in die supermarkt, waardoor in feite de bedrijfsvoering van Vleesmeesters onmogelijk werd gemaakt. De verhuurder van Alog dagvaardde uiteindelijk zowel Alog als Vleesmeesters en vorderde ontruiming van de bedrijfsruimte. Die vordering werd toegewezen, zodat Vleesmeesters het veld moest ruimen. Vleesmeesters betrok Alog in een procedure en vorderde Alog te veroordelen tot vergoeding van de schade die Vleesmeesters had geleden door het, jegens Vleesmeesters, onrechtmatig handelen van Alog. Vleesmeesters kreeg in eerste aanleg en in hoger beroep geen gelijk. Vleesmeesters ging in cassatie en kreeg (uiteindelijk) het gelijk aan haar zijde. De Hoge Raad overwoog in r.o. 3.4:

*“(...) Wanneer iemand zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contractverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen worden verbonden, staat het hem niet onder alle omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben (vgl. HR 3 mei 1946, NJ 1946, 323). Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen zulks meebrengen, zal de rechter de terzake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling. (...)”*⁷⁰

⁶⁹ Alog en Aldi behoorden tot hetzelfde concern.

⁷⁰ Zie ook Hof Amsterdam 19 juni 2008 en 8 september 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK8586 en ECLI:NL:GHAMS:2009:BK8588, *TvHB* 2010, UDH:TvHB/8656, m.nt. A.W. Jongbloed, r.o. 2.2.

En met inachtneming van deze omstandigheden beoordeelde het Hof Amsterdam deze casus opnieuw. Het resultaat van deze herbeoordeling was overigens dat Vleesmeesters opnieuw in het ongelijk werd gesteld:

“In de kern komt het erop neer dat Alog zich rekenschap diende te geven van de afhankelijkheid van Vleesmeesters van de aanwezigheid van de Aldi Supermarkt voor een succesvolle exploitatie van haar slagerij, maar dat Vleesmeesters dat ook zelf had behoren te doen. Nu Alog bij Vleesmeesters niet het vertrouwen heeft gewekt dat deze meer mocht verwachten dan het samenstel van contractuele relaties rechtvaardigde, heeft het Hof onvoldoende grond gevonden om de handelwijze van Alog desalniettemin jegens Vleesmeesters onrechtmatig te oordelen.”⁷¹

Kortom: het is weliswaar niet onmogelijk dat een tekortkoming in een hoofdhuurovereenkomst een onrechtmatige daad ten opzichte van een onderhuurder oplevert, evenwel is dit enkel mogelijk in zeer bijzondere omstandigheden; er dient sprake te zijn van samenhangende rechtsverhoudingen. Het Hof 's-Hertogenbosch overwoog in een arrest van 2 januari 2018 (r.o. 3.2.6):

“De enkele voorzienbaarheid van schade van een derde brengt nog niet mee dat een partij het belang van deze derde bij de uitvoering van een overeenkomst waarbij deze geen partij is, dient te ontzien. Alleen indien het belang van de derde nauw verbonden is met de uitvoering van de overeenkomst, kunnen de omstandigheden van het geval meebrengen dat een contractant zijn gedrag mede door de belangen van de derde moet laten bepalen en dat hem bij gebreke daarvan onrechtmatig handelen jegens de derde kan worden verweten.”⁷²

Naar mijn mening is het verdedigbaar dat enkel de *bevoegde* onderhuurder een beroep toekomt op deze rechtspraak. Immers in dat geval weet de hoofdverhuurder dat er een onderhuurder is, althans moet hij hier minimaal op bedacht zijn⁷³ (en heeft hij hiermee – reeds ten tijde van de contractsluiting of in een later stadium – ingestemd), zodat hij ook weet dat hij met de aanwezigheid van een onderhuurder rekening dient te houden. Als er sprake is van onbevoegde verhuur, kan de hoofdverhuurder mijns inziens moeilijk verweten worden geen rekening te hebben gehouden met het feit dat er een onbevoegde onderhuurder in het gehuurde zat. In die omstandigheid meen ik dat het lastig verdedigbaar is dat deze onbevoegde onderhuurder op genoemde rechtspraak een beroep toekomt.⁷⁴

71 Zie Hof Amsterdam 19 juni 2008 en 8 september 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK8586 en ECLI:NL:GHAMS:2009:BK8588, *TvHB* 2010, UDH:TvHB/8656, m.nt. A.W. Jongbloed, r.o. 2.16.

72 Hof 's-Hertogenbosch 2 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:29, *NJF* 2018/280.

73 Indien de huurovereenkomst (bijv.) een onvoorwaardelijk recht op onderverhuur kent (zonder mededelingsplicht), is het denkbaar dat de hoofdverhuurder niet weet dat er een onderhuurder in zijn pand zit, doch hij heeft minimaal rekening te houden met de *mogelijkheid* dat er is onderverhuurd.

74 Voordat de hoofdverhuurder toestemming tot onderverhuur geeft, dient hij zich derhalve goed rekenschap te geven van de consequenties die deze toestemming met zich kan brengen.

Een kwestie waarin evenwel anders werd geoordeeld is die van de Kantonrechter Utrecht d.d. 27 juni 2012.⁷⁵ Hier stelde de onbevoegde onderhuurder wel met succes een vordering in tegen de hoofdverhuurder, uit hoofde van onrechtmatige daad. De hoofdverhuurder (die stelde niet te weten dat de onderhuurder het gehuurde – koelcellen – in gebruik had) had opdracht gegeven aan een aannemer om het dak te vervangen (in verband met lekkageherstel en asbestverwijdering). Ten behoeve daarvan werd het dak verwijderd. De hoofdverhuurder en de hoofdhuurder hadden afgesproken dat de werkzaamheden zouden worden uitgevoerd als het mooi weer was. De koelcellen waren bestemd voor de opslag van kazen en die lagen daar ook opgeslagen. De hoofdverhuurder had hier geen weet van, nu hij naar de inhoud van de koelcellen geen onderzoek had gedaan. Voordat de werkzaamheden waren uitgevoerd, raakten de kazen beschadigd in verband met neerslag. Als de verhuurder onderzoek had gedaan naar de inhoud van de koelcellen, dan zou hij dat hebben geweten en had hij maatregelen kunnen treffen ter voorkoming van schade. De kantonrechter rekende het de verhuurder aan dat hij geen onderzoek had gedaan. In dat verband was het dan ook irrelevant wie de eigendom had van de kazen; de hoofdverhuurder werd (samen met de aannemer en de hoofdhuurder) veroordeeld tot betaling van (een deel van) de schade van de onbevoegde onderhuurder.⁷⁶

In het arrest van 16 juli 2013 boog het Hof Arnhem⁷⁷ zich over een casus waarbij de onderhuurder zowel zijn onderverhuurder als de hoofdverhuurder in rechte betrok op grond van het bepaalde in art. 376 Rv: derdenverzet. Art. 376 Rv. luidt als volgt:

*“Derden zijn bevoegd zich te verzetten tegen een vonnis hetwelk hunne regten benadeelt, indien zij noch in persoon, noch wettiglijk vertegenwoordigd, of indien zij welke zij vertegenwoordigen, in het regtsgeding niet zijn geroepen, of door voeging of tusschenkomst geene partij zijn geweest.”*⁷⁸

De derde (een onderhuurder) stelde dat hij werd benadeeld omdat de hoofdverhuurder tegen de hoofdhuurder een ontruimingsvonnis had verkregen (tevens zijnde een vonnis inhoudende ontbinding van de hoofdhuurovereenkomst), welk vonnis de hoofdverhuurder nu tegen de hoofdhuurder (en daarmee ook tegen de onderhuurder) ten uitvoer wilde laten leggen. Deze onderhuurder stelde derdenverzet in. Omdat de hoofdverhuurder de ontruiming wilde laten doorgaan, hangende het derdenverzet, startte de onderhuurder een executiekort geding; in eerste aanleg kreeg hij ongelijk. In het appel van die uitspraak kreeg de onderhuurder wel gelijk. Het hof schorste het vonnis waartegen het executiekort geding was opgestart met enkele weken. Vanwege het derdenverzet had de onderhuurder een positie verworven tegen de hoofdverhuurder.⁷⁹

75 Zie Rb. Utrecht 27 juni 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3438.

76 De onbevoegde onderhuurder werd ook enige mate van eigen schuld verweten; vandaar dat de vorderingen deels zijn toegewezen.

77 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5159, WR 2014/8.

78 Zie voor een toelichting op deze materie en de werking van het derdenverzet: Winters, 2018, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 376 Rv, digitaal: actueel t/m 1 januari 2018.

79 Zie ook Vzr. Rb. Rotterdam 28 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5957. De onderhuurders die geconfronteerd werden met een beëindiging van de hoofdhuurovereenkomst, startten een kort →

Een opmerkelijke uitspraak werd gewezen door de Kantonrechter Haarlem,⁸⁰ die overwoog dat de onderhuurder rechten kon ontlenen aan de hoofdhuurovereenkomst, ondanks dat hij geen contractuele relatie met de hoofdverhuurder had. In de hoofdhuurovereenkomst was onderverhuur toegestaan. Volgens de kantonrechter heeft de eigenaar van een bedrijfsverzamelgebouw, dat geschikt behoort te zijn voor bedrijfsvoering, de verplichting om schade aan goederen te voorkomen, hetgeen ook geldt voor derden die daar hun bedrijf uitoefenen, reden waarom het beroep van de onderhuurder op de hoofdhuurovereenkomst slaagde. Mijns inziens is de uitkomst juist, maar niet omdat onderhuurder een rechtstreekse vordering uit de hoofdhuurovereenkomst heeft. Hij kan daarentegen wel een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad instellen (op grond van dezelfde redenering).⁸¹

Evenzo de onderverhuurder dient toe te staan dat de onderhuurder van zijn wegbreekrecht gebruik maakt (zo hem dat toekomt), dient ook de hoofdverhuurder toe te staan dat de onderhuurder van dat recht gebruikt maakt (wederom zo hij dat recht geniet).⁸²

Hoofdverhuurder versus onderhuurder bezien vanuit het perspectief van de hoofdverhuurder

De rechtsregel van het arrest *Vleesmeesters* werkt uiteraard twee kanten op: zo het niet onmogelijk is dat een onderhuurder een aanspraak heeft op een hoofdverhuurder, is het evenmin onmogelijk dat een hoofdverhuurder een vordering heeft op een onderhuurder,⁸³ ondanks dat partijen geen rechtstreekse contractuele relatie hebben.

Dat de hoofdverhuurder en de onderhuurder in beginsel contractueel niets met elkaar te maken hebben, volgt reeds uit het uitgangspunt dat het recht van de onderhuurder om het gehuurde te gebruiken, de looptijd van de hoofdhuurovereenkomst niet overleeft: zodra de hoofdhuurovereenkomst eindigt en de hoofdhuurder het gehuurde dient te ontruimen, eindigt in beginsel⁸⁴ ook het recht van de onderhuurder om in het gehuurde achter te blijven, ongeacht de looptijd van de onderhuurovereen-

geding tegen onder meer de eigenaar van het verhuurde en vorderden onder andere een verbod tot ontruiming. Op grond van de belangenafweging (het is niet duidelijk of dit op grond van de redelijkheid en billijkheid uit art. 6:248 lid 2 BW was) kwam de rechter tot het oordeel dat de onderhuurders enige respijt dienden te krijgen voordat tot ontruiming mocht worden overgegaan (eerder ontruimen zou in strijd met de zorgvuldigheid zijn die de eigenaar hoort te betrachten tegenover de onderhuurders). Zie bijv. ook Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5159.

80 Zie Ktr. Haarlem 12 september 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:5970, *RVR* 2013/20.

81 Let overigens op bij welke instantie de vordering als hier bedoeld wordt ingesteld: omdat niet de huurovereenkomst de basis is voor de vordering, dient deze te worden ingesteld bij de civiele sector van de rechtbank en niet de sector kanton.

82 Zie Rb. Alkmaar 20 december 2017, ECLI:NL:RBNHO2017:11385, *WR* 2018/61 m.nt. J.K. Six-Hummel.

83 Zie Rb. Rotterdam 5 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY7422 (ondanks dat de betreffende vordering van de hoofdverhuurder niet slaagde).

84 'In beginsel', nu het bij 7:230a overeenkomsten mogelijk is dat de onderhuurder ontruimingsbescherming geniet en bij verhuur van zelfstandige woonruimten het mogelijk is dat de onderhuurder huurbescherming geniet ex art. 7:269 BW. Daarnaast bestaat uiteraard de mogelijkheid dat de hoofdverhuurder gedooft dat de onderhuurder het gehuurde blijft gebruiken, bijvoorbeeld omdat hij met de onderhuurder onderhandelt over een rechtstreekse huurovereenkomst.

komst. De onderhuurovereenkomst zelf kan daarbij voortduren.⁸⁵ Als de onderhuurder in die situatie in het gehuurde achterblijft, terwijl de hoofdhuurovereenkomst is geëindigd, dan verblijft de onderhuurder aldaar, ten opzichte van de hoofdverhuurder, zonder recht of titel en kan de hoofdverhuurder van de onderhuurder verlangen dat hij het gehuurde ontruimt. Als de onderhuurder het gehuurde moet ontruimen terwijl de onderhuurovereenkomst nog van kracht is, valt de onderverhuurder een tekortkoming in de nakoming van zijn verplichtingen in de onderhuurovereenkomst te verwijten. Hij kan de onderhuurder immers niet meer het overeengekomen genot van het gehuurde verschaffen. De onderverhuurder is in dat geval schadeplichtig jegens de onderhuurder uit hoofde van die tekortkoming.

In de parlementaire geschiedenis is hierover onder meer het volgende gezegd:

“(...) De bevoegdheid tot gebruik van het gehuurde komt de huurder slechts gedurende de huurtijd toe. Indien de huurder bevoegd was tot onderhuur, eindigt ook deze bevoegdheid met de hoofdhuur. Het einde van de hoofdhuur brengt niet tegelijk ook de onderhuur tot een einde, zij het dat de hoofdhuurder de onderhuurder nadien niet meer in staat is het gebruik van de zaak aan de onderhuurder te verschaffen. Hij zal derhalve vanaf het einde van de hoofdhuur jegens de onderhuurder toerekenbare tekortkoming in de nakoming plegen totdat ook de onderhuur is geëindigd, zulks met alle aan die toerekenbare tekortkoming in de nakoming verbonden gevolgen (art. 203 jo 205).”⁸⁶

Bij arrest van 23 februari 2018 heeft de Hoge Raad⁸⁷ deze overweging van de wetgever genuanceerd.⁸⁸ Als de hoofdhuurovereenkomst eindigt, is er eerst sprake van een gebrek uit hoofde van de onderhuurovereenkomst (en daarmee van een tekortkoming in die overeenkomst) als een derde (in de regel zal dat de hoofdverhuurder zijn) een beter recht stelt te hebben op die zaak én zulks resulteert in een feitelijke stoornis (art. 7:211 BW). A contrario: als de onderhuurder het feitelijke genot van het gehuurde behoudt en de hoofdverhuurder het gehuurde niet opeist, is er (nog) geen sprake van een tekortkoming in de onderhuurovereenkomst.⁸⁹ Desondanks heeft de

85 Uitzondering hierop is als de hoofdhuurovereenkomst is geëindigd op het door de rechter (op vordering van de hoofdverhuurder) vastgestelde tijdstip van ontruiming ex art. 7:296 lid 5 BW, zie art. 7:306 lid 1 BW. In dat geval eindigt de onderhuurovereenkomst op deze ontruimingsdatum. Hiervan kan enkel sprake zijn als de hoofdhuurovereenkomst en de onderhuurovereenkomst worden beheerst door het huurregime van art. 7:290 BW. Zie meer hierover in paragraaf 7.3.2 van deze bijdrage.

86 Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 26089, nr. 3, p. 34, onderdeel 4 (MvT). Indien sprake is van verhuur ex art. 7:290 BW kan de vordering ook worden gestoeld op het semi-dwingendrechtelijke tweede lid van art. 7:306 BW.

87 HR 23 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:284, NJ 2018/180 (*Schelling q.q./Vermeer c.s.*).

88 Dit arrest zag op de verhuur van bedrijfswagens. Voor de toepassing van de rechtsregel is dit irrelevant.

89 HR 23 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:284, NJ 2018/180, r.o. 3.3 (*Schelling q.q./Vermeer c.s.*): *“(...) De opmerking in de hiervoor bedoelde passage uit de memorie van toelichting dat de hoofdhuurder na het einde van de hoofdhuur ‘niet meer in staat is het gebruik van de zaak aan de onderhuurder te verschaffen’, is klaarblijkelijk gemaakt met het geval voor ogen van onderverhuur van een zaak waarin de hoofdverhuurder deze na het eindigen van de hoofdhuurovereenkomst →*

Hoge Raad wel overwogen dat alsdan een tekortkoming dreigt. Deze omstandigheid zou volgens de Hoge Raad de weg kunnen openen voor de onderhuurder om, met een beroep op art. 6:80 BW, de onderhuurovereenkomst te ontbinden. Ook zou hij zijn huurbetalingsverplichting kunnen opschorten (ex art. 6:263 BW).⁹⁰ Door dit laatste te overwegen, gaat de Hoge Raad er wel aan voorbij dat het eerder regel dan uitzondering is dat opschorting van betalingsverplichtingen is uitgesloten in huurovereenkomsten; bovendien is opschorten enkel ‘uitstel van betaling’, geen ‘afstel van betaling’.

Overigens hoeft het, zoals eerder aangehaald, niet zonder meer zo te zijn dat de hoofdverhuurder van de onderverhuurder en/of van de onderhuurder (meteen) ontruiming verlangt als de hoofdhurovereenkomst is geëindigd. Als de hoofdverhuurder met de achterblijvende onderhuurder wil trachten een huurovereenkomst tot stand te brengen, ligt het juist in de rede dat de onderhuurder in het gehuurde achterblijft totdat vaststaat of al dan niet een nieuwe huurovereenkomst tot stand wordt gebracht tussen de (voormalige) hoofdverhuurder en de onderhuurder.⁹¹ Als de onderhuurder in het gehuurde verblijft gedurende die onderhandelingen en als die onderhandelingen zijn afgebroken zonder dat een huurovereenkomst tot stand is gekomen, dan is het mogelijk dat hij uit hoofde van het bepaalde in art. 6:212 BW⁹² een vergoeding aan de hoofdverhuurder verschuldigd is voor de periode van de onderhandelingen, aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 24 mei 2013 (r.o. 3.3):⁹³

“(...) Onder zodanige omstandigheden is voor dit voortgezet gebruik in beginsel een gebruiksvergoeding verschuldigd op de voet van art. 6:212 BW.” (...)

onmiddellijk opeist en de onderverhuurder deze ook feitelijk niet meer ter beschikking van zijn onderhuurder kan stellen of laten. De passage ziet derhalve niet op een geval als het onderhavige, waarin de hoofdverhuurder de zaak niet terstond van de onderhuurder opeist. (...)

90 HR 23 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:284, NJ 2018/180, r.o. 3.4 (*Schelling q.q./Vermeer c.s.*).

91 Denk bijvoorbeeld, ter aanvulling op de reeds genoemde omstandigheden, ook aan de situatie dat de hoofdverhuurder er belang bij heeft dat het gehuurde nog enige tijd in gebruik is, teneinde leegstand (en de daarmee gepaard gaande risico's) te voorkomen.

92 HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996, NJ 2017/312 (*Van de Booren/Grenkefinance*). De Hoge Raad overweegt dat indien er geen sprake is van ‘een leaseovereenkomst’ doch men wel gebruikmaakt van het object, bij de bepaling van de schade geen grond bestaat voor ‘(analoge) toepassing’ van art. 7:225 BW. In dat geval zal in het licht van de omstandigheden van het geval geheel opnieuw beoordeeld moeten worden of en in hoeverre is voldaan aan de maatstaven van art. 6:212 BW om vast te stellen of de lessor aanspraak maakt op een vergoeding (zie r.o. 3.4.3). In r.o. 3.4.2 overweegt de Hoge Raad, onder verwijzing naar het arrest *Credit Suisse/Subway*, dat als wel een ‘leaseovereenkomst’ zou hebben bestaan, art. 7:225 met zich zou brengen dat deze persoon wel een vergoeding verschuldigd zou zijn; deze vergoeding zou naar objectieve maatstaven worden berekend. De verwijzing naar *Credit Suisse/Subway* is niet begrijpelijk nu in dat arrest er evenmin sprake was van een huurovereenkomst tussen de onderhuurder en de (voormalig) hoofdverhuurder. In het arrest *Credit Suisse/Subway* zag de Hoge Raad overigens wel ruimte voor analoge toepassing (dus niet voor onverkorte toepassing) van art. 7:225 BW en 7:230a BW voor de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding ex art. 6:212 BW, ondanks dat er geen huurovereenkomst bestond tussen de eigenaar en de voormalige onderhuurder. Hoe het ook is: indien er geen sprake is van een huurovereenkomst, zal de schade worden berekend aan de hand van art. 6:212 BW.

93 HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, WR 2014/57, m.nt. O. van Dalsum, NJ 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (*Credit Suisse/Subway*).

“Degene die het gebruik van de bedrijfsruimte voortzet is daardoor immers verrijkt, omdat het gebruik van andermans bedrijfsruimte in het maatschappelijk verkeer in de regel slechts tegen een vergoeding plaatsvindt, terwijl de onderhuurder is bevrijd van de met zijn wederpartij overeengekomen verplichting de huurprijs te voldoen, door de beëindiging van de overeenkomst van onderhuur. De eigenaar van de bedrijfsruimte lijdt door dat voortgezet gebruik schade, ook als hij niet elders vervangende bedrijfsruimte hoeft te huren en hij niet door dat gebruik is verhinderd de ruimte aan een derde te verhuren. Gelet op de analogie met de gevallen die zijn geregeld in de art. 7:225 en 7:230a BW, past het immers in het stelsel van de wet de schade van de eigenaar in het onderhavige geval naar objectieve maatstaven te berekenen. Het causaal verband tussen deze verrijking en verarming ligt in de omstandigheden van het geval besloten. Ten slotte is aanvaarding van een verrijkingsoverdracht in beginsel niet onredelijk omdat het gebruik van de bedrijfsruimte welbewust door de gebruiker is voortgezet, en het daaruit resulterende voordeel hem dus niet is opgedrongen, terwijl de vordering slechts toewijsbaar is tot het laagste bedrag van de verrijking en de verarming.”

Als de huurovereenkomst tussen de onderhuurder en zijn onderverhuurder niet is geëindigd, dan staat dat (dus) aan toepasselijkheid van die rechtsregel in de weg; de onderhuurder is dan (in beginsel) niet verrijkt nu hij nog altijd zijn (betalings) verplichtingen onder de onderhuurovereenkomst moet nakomen.⁹⁴

Overigens kunnen de hoofdverhuurder, de onderverhuurder en de onderhuurder ook overeenkomen dat zodra de hoofdhurovereenkomst eindigt, de hoofdverhuurder de onderhuurovereenkomst voortzet.⁹⁵ Een hoofdverhuurder zal dit in de regel alleen willen als hij invloed heeft gehad op en in heeft gestemd met de bepalingen in de onderhuurovereenkomst, althans indien die onderhuurovereenkomst marktconform is. Indien de drie betrokken partijen tot overeenstemming kunnen komen, treedt de hoofdverhuurder in de rechten en verplichtingen van de onderverhuurder; er is dan sprake van een contractsovername ex art. 6:159 BW.

94 Vgl. ook Ktr. Arnhem 26 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2093, *WR* 2014/104, m.nt. M.F.A. Evers. De onderhuurder die een rechtstreekse nieuwe huurovereenkomst met de hoofdverhuurder sloot, terwijl op dat moment de onderhuurovereenkomst nog niet was geëindigd, werd niet ontslagen van zijn betalingsverplichting onder de onderhuurovereenkomst. Zie ook Ktr. Amsterdam 21 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2969. In een voorkomende situatie is het (vanuit perspectief van de onderhuurder) dan ook dringend aan te bevelen met de onderverhuurder overeen te komen dat de onderhuurovereenkomst gelijktijdig met de inwerkingtreding van de nieuwe huurovereenkomst met de hoofdverhuurder eindigt; aldus loopt de onderhuurder niet het risico van een dubbele huurbetalingsverplichting. Het is overigens mogelijk dat er bijzondere omstandigheden zijn die maken dat de door de onderhuurder te betalen gebruiksvergoeding niet gelijk is aan de voordien geldende huurprijs. In de uitspraak van Ktr. Tilburg 12 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1804, *TvHB* 2014, UDH:TvHB/11473, m.nt. A.W. Jongbloed, *Prg.* 2014/110, waren de gebruiksmogelijkheden van de onderhuurder (gedurende de periode dat de hoofdhurovereenkomst was beëindigd en hij met de hoofdverhuurder onderhandelde over een nieuwe rechtstreekse huurovereenkomst) beperkter dan voorheen het geval was. Om die reden bepaalde de kantonrechter dat de onderhuurder een lagere gebruiksvergoeding verschuldigd was.

95 In dit geval is er sprake van bevoegde onderverhuur.

De belangen van bevoegde onderhuurders kunnen een rol spelen bij een kort geding tot ontruiming en kunnen daarbij in het nadeel van de hoofdverhuurder werken.⁹⁶

Als de onderhuurder door de hoofdverhuurder in rechte wordt aangesproken, omdat de onderhuurder het gehuurde zou gebruiken zonder recht of titel, dan kan de onderhuurder de onderverhuurder in diezelfde procedure betrekken, op grond van het bepaalde in art. 7:211 lid 3 BW. De onderverhuurder kan dan de belangen van de onderhuurder verdedigen. De onderhuurder dient daartoe de onderverhuurder in vrijwaring op te roepen (ex art. 210 Rv). Op grond van het bepaalde in art. 212 Rv kan de onderverhuurder (ook wel ‘de waarborg’) de hoofdzaak overnemen als de inzet van de procedure de uitwinning van het gehuurde betreft of als de procedure is opgestart omdat het gehuurde is belast met een recht waarmee het niet had mogen zijn belast. De onderhuurder (de ‘gewaarborgde’) blijft wel partij bij de procedure.

Als de hoofdverhuurder tot renovatie van het gehuurde wenst over te gaan, is hij gehouden ook rekening te houden met de belangen van de onderhuurder (zie art. 7:220 lid 2 BW). Het is daarbij in beginsel niet relevant of deze onderhuurder al dan niet bevoegd aanwezig is (hierna zal blijken dat dit genuanceerder ligt). Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de keuze voor ‘onderhuurders’ en niet voor uitsluitend ‘bevoegde onderhuurders’ met name is ingegeven vanuit het perspectief van woonruimteverhuur, om bescherming te geven aan alle onderhuurders (bevoegd en onbevoegd), zulks in lijn met het woonruimteregime. Onderhuurders van zelfstandige woonruimte genieten namelijk in beginsel bescherming als de hoofdhurovereenkomst eindigt, ongeacht of deze bevoegd of onbevoegd onderhuren (zie art. 7:269 BW). De hoofdhurovereenkomst of het deel van de verhuurde zaak waarop de onderhuurovereenkomst ziet, dient dan wel te worden beheerst door het regime van art. 7:232 BW e.v. (zie de paragraaf ‘toepasselijk huurregime onderhuurovereenkomst’ hiervoor). De hoofdverhuurder krijgt in dat geval te maken met de onderhuurder wiens hoofdhurovereenkomst eindigt. Ten aanzien van de onbevoegde onderhuurders wordt wel overwogen dat:

“de rechter het belang van een dergelijke onderhuurder naar gelang van de omstandigheden van het geval minder zwaar kan laten wegen.”⁹⁷

Het is derhalve verdedigbaar dat een hoofdverhuurder van een 7:230a BW ruimte of een 7:290 BW bedrijfsruimte slechts *beperkt* rekening behoeft te houden met de onbevoegde onderhuurders als hij een renovatievoorstel formuleert; anders dan bij woonruimtehuur bestaat er bij de 7:290 BW bedrijfsruimte en de 7:230a BW ruimte immers niet een dergelijke beschermingsbepaling als art. 7:269 BW; de ratio om in deze gevallen ook met de belangen van onbevoegde (veelal onbekende) onderhuurders rekening te houden, lijkt dan ook te ontbreken. Het ligt evenwel op de weg

96 Zie bijv. Vzv. Ktr. Haarlem 18 juli 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BX5744: de hoofdverhuurder vorderde ontruiming vooruitlopend op een ontbinding van de huurovereenkomst in een bodemprocedure (in verband met betalingsachterstanden); over de (opeisbaarheid) en de hoogte van de vorderingen bestond onduidelijkheid. Mede daarom en gelet op de belangen van de onderhuurders, wees de kantonrechter de ontruimingsvordering af.

97 *Kamerstukken I* 2001/02, 26089, nr. 162, p. 17 (MvA).

van de (hoofd)verhuurder om bij de beoordeling in rechte van de redelijkheid van het renovatievoorstel te betogen dat en waarom hij niet (of slechts beperkt) met de belangen van de onbevoegde onderhuurder rekening hoeft te houden. In ieder geval heeft de wetgever daarvoor handreikingen gegeven door uitsluitend te verwijzen naar de woonruimteverhuur en door te overwegen dat het naar omstandigheden zo kan zijn dat de belangen van de onbevoegde onderhuurders minder zwaar wegen.

De hoofdverhuurder behoeft geen renovatievoorstel aan de onderhuurder te sturen. De onderhuurder is namelijk geen contractspartij van de hoofdverhuurder. Hij dient uitsluitend bij het inrichten van het voorstel rekening te houden met de belangen van de onderhuurders (zie daarbij voorgaande nuanceringen). Het is ook de onderverhuurder waarmee de hoofdverhuurder overeenstemming dient te bereiken over de renovatie. De onderverhuurder dient daarbij voor de belangen van de onderhuurder te waken ten opzichte van de hoofdverhuurder. De onderverhuurder dient daarnaast op zijn beurt overeenstemming te bereiken met zijn onderhuurder, hetgeen hij kan doen op basis van het renovatievoorstel.

De rechtsopvolgend hoofdverhuurder is op grond van de regel ‘koop breekt geen huur’ (ex art. 7:226 BW) gebonden aan de aanvaarding van de onderhuur door zijn rechtsvoorganger.⁹⁸

7.2.11 *Schade verhuurder bij onbevoegde onderverhuur; winstafdracht?*

Als een huurder zijn verplichtingen uit de huurovereenkomst niet nakomt en de verhuurder daardoor schade lijdt, dan komt die schade voor vergoeding in aanmerking op grond van de algemene regels van het verbintenisrecht en de toekenning van schadevergoedingen in dat verband. Echter, vaak is het voor de verhuurder niet eenvoudig om de (exacte omvang van de) door hem, als gevolg van de onbevoegde onderverhuur, geleden schade aan te tonen. Als die schade lastig te bepalen is, maar het wel voldoende aannemelijk is *dat* de (hoofd)verhuurder schade heeft geleden in verband met de gedragingen van de onderverhuurder en de onderverhuurder winst heeft gemaakt, dan heeft de rechter de discretionaire bevoegdheid om, op grond van het bepaalde in art. 6:104 BW, de schade te begroten en de wederpartij (de onderverhuurder) te veroordelen tot winstafdracht aan de benadeelde partij (de hoofdverhuurder). Art. 6:104 BW geldt in geval van een tekortkoming, dan wel een onrechtmatige daad. Voor toepassing van dit artikel is (uiteraard) geen plaats als er door de verhuurder in het geheel geen schade is geleden.⁹⁹

Aan art. 6:104 BW liggen twee (basis)gedachten ten grondslag:¹⁰⁰ Het wordt onredelijk geacht:

98 Zie HR 11 december 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4293, *NJ* 1982/239 (*Van de Veerdonk/Knijnenburg*); zie ook Hof 's-Gravenhage 31 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI1711.

99 Zie HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, *NJ* 1995/421, m.nt. C.J.H. Brunner (*Maatschap Waeyen-Scheers/Naus*); HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel/AVR*), r.o. 3.3.2 en HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *TvHB* 2010, UDH:TvHB/8682, m.nt. A.W. Jongbloed, *WR* 2010/74 (*Doerga/Ymere*), r.o. 3.6.; zie ook HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1309, *NJ* 2016/300, r.o. 3.8 (*Vitesse/Provincie Gelderland*).

100 Zie het lezenswaardige artikel van N. Amiel (toen nog schrijvende onder de naam Eeken) en E.T. de Boer, ‘Winst als schadevergoeding? Over de bruikbaarheid van art. 6:104 BW in het →

1. ongeoorloofd ten koste van een ander verkregen winst aan de verkrijger te laten; en
2. de benadeelde, als deze vermoedelijk schade heeft geleden, hiermee te laten zitten, omdat de schade naar haar aard niet goed bewijsbaar is.

De wetgever had bij toepassing van art. 6:104 BW expliciet de situatie in gedachten dat onbevoegd zaken worden uitgebaat door een houder.¹⁰¹

Op 18 juni 2010 heeft de Hoge Raad zich onder meer in een huurkwestie uitgelaten over de toepasselijkheid van art. 6:104 BW.¹⁰² De huurder (tevens onderverhuurder) had door middel van onbevoegde onderverhuur winst gemaakt en het was aannemelijk dat de hoofdverhuurder (een woningcorporatie) schade had geleden. De Hoge Raad zag ruimte voor toepassing van art. 6:104 BW en overwoog daarbij in r.o. 3.6 het volgende:

“Art. 6:104 BW geeft niet aan degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld of wanprestatie is gepleegd, een ‘vordering tot winstafdracht’, doch verleent aan de rechter een discretionaire bevoegdheid om, ingeval schadevergoeding is gevorderd, de schade te begroten op het bedrag van de door dit handelen of die wanprestatie genoten winst of op een gedeelte daarvan. Art. 6:104 BW vormt blijkens zijn plaatsing, zijn bewoordingen en zijn parlementaire geschiedenis een uitwerking voor een bijzonder geval van de algemene regel van art. 6:97 BW. De bepaling brengt mee dat niet noodzakelijk is dat concreet nadeel door de benadeelde wordt aangetoond; voldoende is dat de aanwezigheid van enige (vorm van) schade aannemelijk is. In een en ander ligt besloten dat de rechter niet tot toepassing van art. 6:104 kan overgaan, indien de aangesprokene aannemelijk maakt dat door de gedragingen waarvoor hij aansprakelijk gesteld wordt, geen schade kan zijn ontstaan. (...) Aangezien de wijze van schadebegroting waarin art. 6:104 voorziet niet, ook niet mede, het karakter heeft van een punitieve maatregel (...) behoort de rechter bij de toepassing van dit voorschrift in zoverre terughoudendheid in acht te nemen dat, indien aannemelijk is dat het door de schuldenaar behaalde financiële voordeel de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, de schade in beginsel wordt begroot op een door de rechter te bepalen gedeelte van de winst. Mede gelet op het niet-punitieve karakter van de voorziening gelden voor toewijzing van een vordering tot winstafdracht op de voet van art. 6:104 niet meer of andere vereisten dan ingevolge art. 6:162 of 6:74 BW voor toewijzing van schadevergoeding in het algemeen (...). Dat brengt onder meer mee dat het schadetoebrengende handelen aan de aansprakelijke persoon kan worden toegerekend op de voet van art. 6:162 lid 3 onderscheidenlijk art.

huurrecht’, *TvHB* 2008, UDH:TvHB/7520, p. 172-176.

101 Zie HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *TvHB* 2010, UDH:TvHB/8682, m.nt. A.W. Jongbloed, *WR* 2010/74 (*Doerga/Ymere*), r.o. 3.2.3 (verwezen wordt naar de parlementaire geschiedenis). Op diezelfde dag wees de Hoge Raad een ander arrest dat ook zag op de werking van art. 6:104 BW, te weten: HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel/AVR*).

102 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *TvHB* 2010, UDH:TvHB/8682, m.nt. A.W. Jongbloed, *WR* 2010/74 (*Doerga/Ymere*).

6:75 BW, en dat tussen dat handelen en de schade naast condicio sine qua non-verband tevens voldoende verband als bedoeld in art. 6:98 BW bestaat. In het bijzonder is voor toepassing van art. 6:104 niet een bijzondere mate van verwijtbaarheid van het schadetoebrengende handelen vereist. Wel mag de rechter bij beantwoording van de vraag of hij toepassing zal geven aan art. 6:104, en zo ja, of hij de schade op het volledige bedrag van de winst zal begroten, aan de mate van verwijtbaarheid gewicht toekennen.”

Voorts overwoog de Hoge Raad in r.o. 3.7:

“(…) Onjuist is de opvatting dat de in art. 6:104 bedoelde winst betrekking moet hebben op winst die de benadeelde zelf had kunnen realiseren. Deze bepaling behelst immers, ook in een geval als het onderhavige waarin het gaat om het ‘onbevoegd uitbaten van een zaak door een houder’, een begroting van schade van de benadeelde die mede kan bestaan in ander nadeel dan gederfde winst.

Voorts kan in zijn algemeenheid niet de eis gesteld worden dat (de rechter motiveert dat) de ingevolge art. 6:104 op te leggen schadevergoeding in een reële verhouding staat tot de daadwerkelijk geleden schade. Deze bepaling leent zich immers juist voor toepassing in gevallen waarin niet vastgesteld kan worden wat de omvang van de daadwerkelijk geleden schade is, gelijk ook het hof in dit geval (in cassatie onbestreden) heeft geoordeeld dat de door de contractueel verboden onderverhuur aan Ymere toegebrachte schade naar zijn aard niet in concreto is vast te stellen, evenmin als de mate waarin Doerga aan het ontstaan van die schade heeft bijgedragen. Dit neemt overigens niet weg dat de rechter, zoals hiervoor in 3.6 overwogen, bij de toepassing van art. 6:104 vanwege het niet-punitieve karakter daarvan in zoverre terughoudendheid in acht behoort te nemen dat, indien aannemelijk is dat het door de schuldenaar behaalde financiële voordeel de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, de rechter de schade in beginsel begroot op een door hem te bepalen gedeelte van de winst. Het hof heeft evenwel niet blijk gegeven dat te hebben miskend. Ten slotte heeft het hof evenmin miskend dat de schade waarvoor Doerga op de voet van art. 6:104 vergoeding moet betalen, in causaal verband dient te staan met haar toerekenbare tekortkoming; het hof heeft immers vastgesteld dat de schade van Ymere (ten dele) is veroorzaakt door de toerekenbare tekortkoming van Doerga.”

De Hoge Raad heeft de weg geopend voor toepassing van art. 6:104 BW in onbevoegde onderhuursituaties. Wel dient te worden bedacht dat de kwestie waarover de Hoge Raad zich uitliet woonruimtehuur betrof en de verhuurder (een woningcorporatie) veel (en kostbare) maatregelen had getroffen om onbevoegde onderverhuur te elimineren. Reeds daarom is het aannemelijk dat een woningcorporatie schade lijdt door de onbevoegde onderverhuur. Sinds voornoemd arrest laat de ontwikkeling in de rechtspraak met name zien dat bij onbevoegde onderverhuur van woon-

ruimte (denk aan Airbnb verhuur) het middel van art. 6:104 BW wordt ingezet om schade te begroten.¹⁰³

Een verhuurder van bedrijfsruimte investeert in de regel minder frequent in onderzoeken om onbevoegde onderverhuur te voorkomen of uit te schakelen. De schade van de hoofdverhuurder (van bedrijfsruimte of woonruimte) kan evenwel ook bestaan uit ander nadeel dan gederfde winst: daarbij kan gedacht worden aan kosten die verband houden met de ontruiming van het gehuurde door de onderhuurder (zoals advocaatkosten),¹⁰⁴ onrechtmatige gedragingen van de onderhuurder (zoals het onbevoegd aanbrengen van wijzigingen aan het gehuurde en het onbevoegd aanbrengen van reclame-uitingen), imagoschade van de verhuurder of van (het complex waarvan) het gehuurde (deel uitmaakt) doordat die bewuste onderhuurder aldaar is gevestigd,¹⁰⁵ daling van de beleggingswaarde van het gehuurde en/of aantasting van de reputatie van de verhuurder en/of van het complex waar het gehuurde deel van uitmaakt.

Indien winst wordt genoten door de onderverhuurder in verband met de onrechtmatige onderverhuur (omdat de ontvangen huurpenningen hoger zijn dan de betaalde huurpenningen), dan is het aannemelijk dat als die onderverhuurder de huurovereenkomst had opgezegd, de verhuurder die hogere huurpenningen zelf had kunnen genereren. Aannemelijk is dientengevolge dat de hoofdverhuurder deze huurpenningen misloopt als gevolg van de wanprestatie van de huurder.

7.2.12 De failliete onderverhuurder¹⁰⁶

Als de onderverhuurder failliet is, hebben de curator van de onderverhuurder en de hoofdverhuurder het recht de hoofdhuurovereenkomst op te zeggen op basis van het bepaalde in art. 39 Faillissementswet (Fw). De onderhuurovereenkomst kan op grond van de Faillissementswet in dat geval niet worden aangetast. Opzegging van de hoofdhuurovereenkomst brengt in de regel echter met zich dat de curator (en bijgevolg ook de onderhuurder) tot ontruiming van het gehuurde over dient te gaan.¹⁰⁷

103 Zie bijv. Hof Den Haag 15 augustus 2017, ECLI:GHDHA:2017:2197; Hof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5826 (in cassatie is de zaak afgedaan op art. 81 lid 1 RO, zie HR 17 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1229 (*eiser/Ymere*)), zie ook de instructieve conclusie van advocaat-generaal E.B. Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2016:244; Ktr. Amsterdam 30 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3568. Deze uitspraken zijn ook lezenswaardig voor de wijze van berekening van de schade.

104 Zie Hof 's-Gravenhage 21 december 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BR3452, *WR* 2011/70 (*'t Sas/Stichting de Woonbron*).

105 De verhuurder die geconfronteerd wordt met opsporings- en bestrijdingskosten kan ook langs de weg van de buitengerechtigde kosten (art. 6:96 lid 1 sub b Rv.) zijn werkelijke kosten trachten te verhalen. Zie voor toepassingen hiervan waarbij de eiser in het eerste kort geding bakzeil haalde, maar de eiser in het tweede kort geding wel zijn kosten (deels) vergoed kreeg: Vزر. Rb. Amsterdam 28 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY5052, *NJF* 201335 en Vزر. Rb. Amsterdam 5 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY8854, *WR* 2013/55, m.nt. C.L.J.M. de Waal. Deze kwesties betroffen overigens woonruimte-zaken.

106 Zie voor meer over dit onderwerp: I.E. Hofhuis en D.M. van Geel, 'De positie van de onderhuurder in het faillissement van de onderverhuurder', *TvHB* 2015, nr. 6, UDH:TvHB/12614, p. 394-400.

107 Aandachtspunt hierbij is dat een dergelijke beëindiging van de hoofdhuurovereenkomst door de curator een tekortkoming oplevert ten opzichte van de onderhuurder indien ook de →

Vanuit het perspectief van de onderhuurder kan het aan te bevelen zijn om zich te wapenen tegen een mogelijk faillissement van de onderverhuurder door een driepartijenovereenkomst te sluiten (tussen hoofdverhuurder, hoofdhuurder/onderhuurverhuurder en onderhuurder), waarin bijvoorbeeld wordt overeengekomen dat zodra de onderverhuurder faillieert en de hoofdhuurovereenkomst eindigt, tussen onderhuurder en de hoofdverhuurder rechtstreeks een huurovereenkomst tot stand komt. Het is dan wel aan te bevelen dat partijen ten tijde van het maken van een dergelijke afspraak, ook overeenstemming bereiken over de huurcondities die van kracht zullen worden in de omschreven situatie. Dit teneinde te voorkomen dat partijen moeten gaan onderhandelen met elkaar over de huurcondities op het moment dat de voorwaarde is vervuld. Uiteraard zijn er ook andere varianten denkbaar (zie ook hetgeen hiertoe over de contractsoverneming is opgemerkt in paragraaf 7.2.10 hiervoor).

Denk hierbij aan een tussentijdse beëindigingsmogelijkheid, met een korte opzegtermijn, als de huurovereenkomst voor bepaalde tijd is gesloten (dit zou vanuit het perspectief van de onderverhuurder van belang kunnen zijn).¹⁰⁸ Bij een huurovereenkomst ex art. 7:290 BW zal een dergelijke bepaling de goedkeuring van de rechter behoeven als de onderverhuurder wil voorkomen dat de onderhuurder de vernietiging hiervan inroept.

De curator van de huurder die, nadat de verhuurder de huurovereenkomst ex art. 39 Fw. had opgezegd, een onderhuurovereenkomst sloot met een koper van zaken uit de failliete boedel, handelde in strijd met het onderverhuurverbod in de huurover-

onderhuurder het gehuurde dient te ontruimen (terwijl de onderhuurovereenkomst nog van kracht is); de curator kan het gebruik van het gehuurde immers niet meer leveren na ontruimde oplevering aan de hoofdverhuurder. Zie evenwel HR 23 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:284, NJ 2018/180 (*Schelling q.q./Vermeer c.s.*), waarin de Hoge Raad onder meer overwoog dat zolang de hoofdverhuurder niet van de onderhuurder verlangde dat hij het gehuurde ontruimde, de curator (nog) geen tekortkoming onder de huurovereenkomst viel te verwijten. Zie HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (*Koot/Tideman*) waarin de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat boedelschulden slechts die schulden zijn die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. Een uitvoerige behandeling van dit aspect gaat de omvang van dit hoofdstuk te buiten, zodat dit onderwerp niet nader wordt uitgewerkt. Een interessante uitspraak in dit verband is nog wel de uitspraak van de Vzr. Ktr. Rotterdam 19 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3095, waarin de hoofdverhuurder de huurovereenkomst had opgezegd ex art. 39 Fw., nadat de hoofdhuurder was gefailleerd. De onderhuurder kreeg van de hoofdverhuurder te verstaan dat hij het gehuurde moest ontruimen. De onderhuurder startte een kort geding tegen de hoofdverhuurder en de curator, waarin hij onder meer vorderde dat de hoofdverhuurder en de curator de hoofdhuurovereenkomst en de onderhuurovereenkomst moesten nakomen. Hij vorderde ook dat de hoofdverhuurder werd veroordeeld om de onderhuurder in de plaats te laten stellen in de hoofdhuurovereenkomst op grond van art. 7:307 BW en op grond van een clause in de onderhuurovereenkomst. De voorzieningenrechter wees deze vorderingen af, onder meer nu art. 39 Fw een onherroepelijk einde had gemaakt aan de hoofdhuurovereenkomst en nu de onderhuurder niet de bedrijfsvoering van de failliet overnam. In reconventie wees hij de vordering tot ontruiming toe.

108 Zie voor nadere aanbevelingen de eerder genoemde bijdrage van I.E. Hofhuis en D.M. van Geel, 'De positie van de onderhuurder in het faillissement van de onderverhuurder', *TvHB* 2015, nr. 6, UDH:TvHB/12614, p. 394-400.

eenkomst, aldus de kantonrechter; de curator werd verder pro se (!) veroordeeld tot vergoeding van de schade (eventueel te bepalen op grond van art. 6:104 BW) van de verhuurder uit hoofde van onrechtmatige daad. De curator ging in hoger beroep en het hof handhaafde deze uitspraak.¹⁰⁹

Bij een huurovereenkomst ex. art. 7:230a BW geldt verder nog het volgende. Als de verhuurder van de failliete onderverhuurder de hoofdhuurovereenkomst ex. art. 39 Fw opzegt, heeft de curator (niet de failliet) de mogelijkheid om zich te beroepen op de ontruimingsbescherming ex art. 7:230a BW.¹¹⁰ De hoofdverhuurder dient de ontruiming expliciet aan te zeggen, ondanks dat de opzegging gebaseerd wordt op art. 39 Fw.¹¹¹ Het is niet ondenkbaar dat de curator zich op ontruimingsbescherming zal beroepen indien de onderhuurovereenkomst lucratief is voor de boedel. Als de curator niet voornemens is daartoe over te gaan, kan het voor de onderhuurder die het gebruik van het gehuurde wil verlengen, lonen om in overleg met de curator te treden en overeen te komen dat de curator zich (toch) beroept op (verlenging van de) ontruimingsbescherming, mede teneinde een onderhandelingspositie voor de onderhuurder ten opzichte van de hoofdverhuurder te creëren (of te versterken zo er alsdan enige onderhandelingspositie is). Vanuit de gedachte dat de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers behartigt, is het evenwel niet de verwachting dat de curator daartoe overgaat, zonder dat de boedel daar belang bij heeft.

7.3 De positie van de onderhuurder bij bedrijfsruimte ex art. 7:290 BW

7.3.1 Inleiding

Sinds de invoering van titel 7.4.6 is de positie van de onderhuurder van een 7:290 bedrijfsruimte op diverse plaatsen in de wet verankerd. De meest vernieuwende regeling is wel die van art. 7:306 BW; dit artikel is het enige in titel 7.4.6 BW dat eveneens, gedeeltelijk, geldt in geval van onbevoegde onderverhuur. De ratio daarvan volgt niet uit de parlementaire geschiedenis. Mijns inziens is het zeer wel mogelijk dat deze is gelegen in de omstandigheid dat art. 7:306 BW enkel ziet op de relatie tussen de onderverhuurder en de onderhuurder. In die relatie speelt de ‘onbevoegdheid’ van de partij in kwestie geen rol.

De artikelen waarin de bevoegde onderhuurder een positie heeft gekregen, zijn: art. 7:296 lid 3 BW (belangenafweging bij opzegging),¹¹² 7:297 lid 1 BW (tegemoet-

109 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2116, *WR* 2017/128. De curator is in cassatie gegaan en 22 juni 2018 heeft advocaat-generaal Hartlief een conclusie genomen, zie ECLI:NL:PHR:2018:704. Deze concludeert tot verwerping.

110 Zie HR 22 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0323, *NJ* 1991/748 (*ADB/Planex*).

111 Zie Palstra, *GS Huurrecht*, art. 7:230a BW, aant. 71, digitaal: actueel t/m 12 april 2011; H.J. Rossel, *Huurrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2011, p. 494; E. van Emden, ‘Faillissement en ontruimingsbescherming’, in *TvHB* 2010, nr. 3, UDH:TvHB/8652, p. 98 t/m 100.

112 Zie bijv. Hof Amsterdam 30 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4053, *WR* 2015/86. Verhuurder zegde de hoofdhuurovereenkomst op op grond van de algemene belangenafweging. Het hof concludeerde dat de belangen van de hoofdverhuurder bij beëindiging van de hoofdhuurovereenkomst prevaleerden boven de belangen van de huurder bij instandhouding van de hoofdhuurovereenkomst. Daarbij nam het hof in aanmerking dat de positie van de onderhuurder was →

koming in verhuis- en inrichtingskosten bij opzegging van de huurovereenkomst door de verhuurder),¹¹³ 7:299 BW (schadevergoeding indien de wil om het gehuurde duurzaam persoonlijk in gebruik te nemen niet aanwezig is geweest), 7:308 BW (vergoeding voor goodwill en ander voordeel bij beëindiging van de huurovereenkomst), 7:309 en 7:310 BW¹¹⁴ (schadeloosstelling bij opzegging resp. ontbinding van de huurovereenkomst bij de uitvoering van werken in het algemeen belang).

7.3.2 De werking van art. 7:306 BW¹¹⁵

Een onderhuurovereenkomst van 7:290 bedrijfsruimte eindigt na opzegging door de hoofdverhuurder, zodra de beëindiging van de hoofdhuurovereenkomst in een huurbeëindigingsprocedure (ex art. 7:295 BW) vast komt te staan, aldus art. 7:306 lid 1 BW. De einddatum van de onderhuurovereenkomst is dan het ontruimingstijdstip dat op grond van art. 7:296 lid 5 BW wordt vastgesteld in die huurbeëindigingsprocedure. Ondanks dat de wet dit in art. 7:306 lid 1 BW niet letterlijk bepaalt, is het (voor de beëindiging van de onderhuurovereenkomst) wel van belang dat de rechter onherroepelijk heeft beslist dat de hoofdhuurovereenkomst eindigt (zie art. 7:295 lid 1 BW). Als dit anders zou zijn, dan zou de onderhuurovereenkomst eerder dan de hoofdhuurovereenkomst kunnen eindigen (hetgeen overigens ook in strijd zou zijn

veiliggesteld; de hoofdverhuurder was namelijk bereid om rechtstreeks met de onderhuurder een huurovereenkomst te sluiten, nagenoeg gelijklopend aan de vigerende onderhuurovereenkomst. De rechtspositie van de onderhuurder zou er derhalve zelfs op vooruitgaan, nu hij hoofdhuurder zou worden. De huurder had geen enkel (financieel) belang bij het voortduren van de hoofdhuurovereenkomst, te meer niet nu hij ook alle investeringen had kunnen terugverdienen. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:220, *TvHB* 2014/3 m.nt. M. Wösten en Rb. Overijssel 8 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4680. In laatstgenoemde zaak was de onderhuurder dezelfde partij (geworden) als de hoofdverhuurder. De onderverhuurder was een bierbrouwerij die belang had bij de instandhouding van de onderhuurovereenkomst, enkel omdat de onderhuurder een drankafnameverplichting had (de investeringen waren terugverdiend); een ander financieel belang was er niet, nu de onderhuurprijs gelijk was aan de hoofdhuurprijs. Zijn belang schuilde derhalve niet in de instandhouding van de hoofdovereenkomst. De kantonrechter concludeerde dat de hoofdverhuurder er meer belang bij had om 'baas in zijn eigen huis' te zijn dan de onderverhuurder bij de instandhouding van de hoofdhuurovereenkomst. Meer specifiek over de beëindiging van huurovereenkomsten, zie hoofdstuk 11 (Beëindiging van huurovereenkomsten bedrijfsruimte) van dit handboek, door Nathalie Amiel en Arnout van der Hilst.

113 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 23 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:248, *WR* 2018/62.

114 Als de hoofdhuurovereenkomst is ontbonden op grond van het bepaalde in art. 7:310 BW, blijft de onderhuurovereenkomst van kracht. Echter, de bevoegde onderhuurder kan (evenals de huurder) op grond van art. 7:310 lid 2 BW wel aanspraak maken op een schadeloosstelling. In de literatuur wordt wel verdedigd dat als de hoofdhuurovereenkomst wordt ontbonden op grond van 7:310 lid 1 BW, de onderhuurovereenkomst komt te 'vervallen', zie Zie Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/678.

115 In *TvHB* 2008, nr. 4, UDH:TvHB/7501, p. 130-135 is een artikel gepubliceerd van mijn hand waarin ik de werking van art. 7:306 BW meer uitvoerig behandel: 'De (on)zin van artikel 7:306 BW voor de onderhuurder van een bedrijfsruimte'. In die bijdrage plaats ik kritische noten bij art. 7:306 BW. Ik verdedig hierin onder meer dat dit artikel ook zou moeten gelden indien de onderhuurovereenkomst beheerst wordt door het huurregime van art. 7:230a BW. Zie verder M.F.A. Evers, *Huurrecht Bedrijfsruimten*, Deventer, Kluwer 2011, p. 153-157; zie ook Vrolijk, *GS Huurrecht*, art. 7:306 BW, digitaal: actueel t/m 23 januari 2017. Over dit artikel is weinig rechtspraak gepubliceerd.

met het uitgangspunt van de wetgever dat de hoofdhuur en de onderhuur tegelijk eindigen, mits de rechter de huurbeëindiging vaststelt ex art. 7:296 lid 5 BW).¹¹⁶ Zo de rechter in de huurbeëindigingsprocedure het toewijzend vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaart (zie art. 7:295 lid 1 BW), ligt het in de rede dat de onderhuurovereenkomst niet eindigt op het moment waarop de onderhuurder het gehuurde moet ontruimen; immers weliswaar is de ontruiming een feit, maar de hoofdhuurovereenkomst is op dat moment nog niet eindigt.¹¹⁷ Het is wel zo dat de onderhuurder dan gedwongen kan worden het gehuurde te ontruimen, vooruitlopend op het einde van de hoofdhuur- en onderhuurovereenkomst.

Als de hoofdhuurovereenkomst mocht eindigen vanwege een andere reden, zoals een ontbinding, een beëindiging met wederzijds goedvinden of een faillissement, dan geldt het bepaalde in art. 7:306 lid 1 BW niet en blijft de onderhuurovereenkomst van kracht.¹¹⁸ In die gevallen eindigt de onderhuurovereenkomst uitsluitend na een rechtsgeldige beëindiging van de onderhuurovereenkomst zelf.¹¹⁹ Art. 7:306 lid 1 BW mist eveneens toepassing als de hoofdhuurovereenkomst niet wordt beheerst door het huurregime van art. 7:290 BW; dit volgt uit de redactie van art. 7:306 lid 1 BW. Ten eerste wordt verwezen naar art. 7:296 lid 5 BW (welke bepaling enkel van toepassing is op huurovereenkomsten ex art. 7:290 BW). Ten tweede wordt in lid 1 het begrip ‘bedrijfsruimte’ gebruikt; dit begrip ziet op art. 7:290 BW bedrijfsruimten, hetgeen volgt uit art. 7:290 lid 2 BW.¹²⁰

Daar waar het duidelijk is wat de reikwijdte is van lid 1, is het niet duidelijk wat de reikwijdte is van de leden 2 en 3. De parlementaire geschiedenis geeft geen

116 Zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26932, nr. 3, p. 10 onder 2 (MvT).

117 Uit de parlementaire geschiedenis volgt ook dat het ook werkelijk de bedoeling is om de onderhuurovereenkomst gelijktijdig met de hoofdhuurovereenkomst te laten eindigen (zie *Kamerstukken I* 2001/02, 26089, nr. 162, p. 25 (MvA).

118 Zie Hof ‘s-Hertogenbosch 7 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2509, *TvHB* 2015, UDH:TvHB/2509, m.nt. M. van Schie. Het hof overwoog in kort geding dat een arbitraal vonnis (waarin het einde van de hoofdhuurovereenkomst was vastgesteld) niet gelijk te stellen is met een vonnis ex art. 7:296 lid 5 BW. Het hof achtte hierbij van belang dat de arbiter had beslist ‘als goede man naar billijkheid’ en dat hij niet had getoetst op basis van, of naar analogie aan, art. 7:296 BW. De onderhuurder had dan ook niet de rechtsbescherming genoten die hij wel zou hebben genoten in het kader van de procedure ex art. 7:296 lid 1 BW. Een mijns inziens wezenlijk element waar het hof enkel terloops een opmerking over maakte, is de omstandigheid dat de hoofdhuurovereenkomst verhuur van kale grond betrof. De hoofdhuurovereenkomst werd kennelijk niet beheerst door titel 7.4.6 BW. Art. 7:306 lid 1 BW zou derhalve hoe dan ook niet hebben gegolden; ik zou menen dat juist dit de dragende overweging diende te zijn waarom art. 7:306 lid 1 BW toepassing miste.

119 Art. 7:306 BW is niet van toepassing in geval van een beëindiging van de onderhuurovereenkomst door de onderverhuurder, zie Hof Amsterdam 29 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU6343 (*Vertigo/Stichting Filminstituut Nederland*). In cassatie heeft de Hoge Raad het beroep van Vertigo verworpen, HR 17 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4156 (*Vertigo/Stichting Filminstituut Nederland*). Het filmmuseum (onderverhuurder) zegde de onderhuurovereenkomst met Vertigo (onderhuurder) op. Toen Vertigo daarmee niet instemde, startte onderverhuurder een huurbeëindigingsprocedure. Vertigo verdedigde dat art. 7:306 BW in deze procedure een rol speelde; Vertigo kreeg tot in cassatie ongelijk; art. 7:306 lid 1 BW is enkel van toepassing als de hoofdhuurovereenkomst eindigt door huurbeëindigingsprocedure.

120 De wetgever spreekt in art. 7:230a lid 1 BW ook niet over een ‘7:230a BW bedrijfsruimte’, maar over 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 (...)”.

antwoord op de vraag of deze leden ook van toepassing zijn als de hoofdhurovereenkomst niet wordt beheerst door het regime van art. 7:290 BW en de onderhuurovereenkomst wel. In de wetsgeschiedenis wordt wel op verschillende plaatsen bij de behandeling van lid 2 verwezen naar lid 1 (welk lid er wel vanuit gaat dat de hoofdhurovereenkomst een huurovereenkomst ex art. 7:290 BW is), hetgeen een aanwijzing kan zijn van het tegendeel.¹²¹ Verder staat art. 7:306 BW nu eenmaal in titel 7.4.6 BW hetgeen ook een argument is dat art. 7:306 BW als geheel enkel geldt als zowel de hoofdhuur- als de onderhuurovereenkomst beheerst worden door titel 7.4.6 BW. Daarentegen is de regeling van art. 7:306 BW gebaseerd op de conceptregeling in het wetsvoorstel 24 150.¹²² In dat wetsvoorstel was het onderscheid tussen 7:230a ruimten en 7:290 bedrijfsruimten vervallen; de redactie van het conceptartikel 7A:1631d BW lijkt zeer veel op art. 7:306 BW. Het is dan ook niet uitgesloten dat de wetgever in gedachten had dat de art. 7:306 leden 2 en 3 ook gelden als de hoofdhurovereenkomst niet beheerst wordt door het regime van art. 7:290 BW. Bovendien zou er rechtsongelijkheid ontstaan tussen de 7:290 onderhuurder waarbij de hoofdhurovereenkomst beheerst wordt door art. 7:290 BW en tussen de 7:290 onderhuurder waarbij de hoofdhurovereenkomst wordt beheerst door een ander huurregime (in het ene geval geldt het wel en in het andere geval niet); immers, in het ene geval zou art. 7:306 BW wel gelden en in het andere geval niet. Als dit zo zou zijn, dan zou dit derhalve indruisen tegen de systematiek van titel 7.4.6 BW dat bepaalt dat, zonder toestemming van de rechter, uitsluitend in het voordeel van de huurders mag worden afgeweken van het bepaalde in die titel. Daarnaast is het ook niet ongebruikelijk om bepalingen uit titel 7.4.6 BW van toepassing te laten zijn op art. 7:230a huurovereenkomsten (zie art. 7:309 en 7:310 BW). De redactie van de leden 2 en 3 refereert verder niet naar ‘bedrijfsruimte’ hetgeen bij lid 1 wel het geval is.

In de literatuur wordt sporadisch wel verdedigd dat art. 7:306 BW als geheel uitsluitend geldt als ook de hoofdhurovereenkomst beheerst wordt door titel 7.4.6 BW.¹²³ Mijns inziens is het verdedigbaar dat de leden 2 en 3 ook gelden als de hoofdhurovereenkomst geen 7:290 huurovereenkomst is en de onderhuurovereenkomst wel een 7:290 huurovereenkomst is. In rechtspraak is dit overigens nog niet uitgemakt. Kortom: mijns inziens zijn er voldoende argumenten aan te voeren waarom art. 7:306 lid 2 en 3 BW ook zou moeten gelden als enkel de onderhuurovereenkomst wordt beheerst door het huurregime van titel 7.4.6 BW en niet ook de hoofdhurovereenkomst. Voor het standpunt dat art. 7:306 lid 2 en 3 BW ook geldt als de onderhuurovereenkomst wordt beheerst door art. 7:230a BW en de hoofdhurover-

121 *Kamerstukken II 1999/00, 26932, nr. 3, p. 11* waar wordt gezegd: “(...) Voorts heeft het tweede lid ook betrekking op de belangen van de onderhuurder, bedoeld in de artt. 296 lid 3, 297 lid 2 en 299 lid 3. (...)”; *Kamerstukken II 1999/00, 26392, nr. 5, p. 19*: “(...) derhalve in het geval dat de onderhuur op de voet van lid 1 van het onderhavige artikel op een eerder tijdstip dan overeengekomen eindigt, mits dit is terug te voeren op een van de in lid 2 van artikel 306 lid 2 genoemde gedragingen van de onderverhuurder, waaronder een verkeerde voorlichting omtrent de termijn waarvoor de hoofdhuur geldt. (...)”.

122 *Kamerstukken II 1999/00, 26932, 3, p. 10* (MvT).

123 Zie in ieder geval Tuinman, commentaar op art. 7:306 BW, *Sdu Commentaar Huurrecht* 2017.

eenkomst door art. 7:290 BW zijn er mijns inziens minder aanknopingspunten te vinden in de wetsgeschiedenis en in de wet.

Op grond van lid 2 van art. 7:306 BW is de onderverhuurder in de volgende (niet cumulatieve) omstandigheden verplicht de schade¹²⁴ te vergoeden die de onderhuurder lijdt:

1. als de onderverhuurder de onderhuurder niet of niet juist heeft voorgelicht omtrent de termijn waarvoor de hoofdhuur geldt of is aangegaan;¹²⁵
2. als de onderverhuurder bij de beëindiging van de hoofdhuur en de bepaling van het tijdstip van ontruiming onvoldoende voor de belangen van de onderhuurder heeft gewaakt.¹²⁶

De onderverhuurder dient dan ook goed voor de belangen van de onderhuurder te waken, zowel bij het aangaan van de onderhuurovereenkomst, gedurende de looptijd van de onderhuurovereenkomst als bij het einde van de hoofdhurovereenkomst, bij gebreke waarvan hij schadelijktig is.

124 Onverminderd de rechten van de huurder uit Boek 6 BW.

125 Ondanks dat het niet uit de wet, noch uit de wetsgeschiedenis volgt wanneer de onderhuurder hierover moet worden geïnformeerd, ligt het in de rede dat zulks voor de ingangsdatum van de onderhuurovereenkomst is verteld.

126 Zie bijv. HR 19 april 1984, ECLI:NL:HR:1985:AG2005, NJ 1985/580 (*Sier/Vetter*). De Hoge Raad overwoog dat de onderverhuurder niet onvoldoende voor de belangen van de onderhuurder had gewaakt door niet in hoger beroep te komen van het beëindigingsvonnis (dat de hoofdhurovereenkomst eindigde). De onderhuurder had namelijk pas een dag voor het verstrijken van de hoger beroep termijn (in de procedure betreffende de beëindiging van de onderhuurovereenkomst) zelf appel aangetekend, met welk appel de onderverhuurder eerst na het verstrijken van de appeltermijn, betreffende de procedure die zag op de hoofdhurovereenkomst, bekend was geraakt. Zie verder Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI6318, WR 2010/97 (*De Rode Sok*). In eerste aanleg werd de hoofdhurovereenkomst beëindigd. De onderhuurder (die ook was betrokken in de eerste aanleg) ging in hoger beroep, de onderverhuurder niet. Toen de appeltermijn voor die onderverhuurder was verstreken, stond onherroepelijk het einde van de hoofdhurovereenkomst vast en was het hoger beroep van de onderhuurder illusoir geworden (nu het einde van de hoofdhurovereenkomst, en daarmee van de onderhuurovereenkomst, een feit was). In deze procedure kwam niet de vraag aan de orde of de onderverhuurder aansprakelijk was jegens de onderhuurder. Zie ook V.zr. Ktr. 's-Hertogenbosch 19 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7330, WR 2016/51, m.nt. M.F.A. Evers. In deze laatste kwestie had de onderhuurder een executie kort geding opgestart tegen de hoofdverhuurder. Oorspronkelijk had de hoofdverhuurder een huurbedingingsprocedure gevoerd tegen de hoofdhuurder; ook de onderhuurder was betrokken in die procedure (gevorderd werd ontruiming van het gehuurde); de hoofdverhuurder won. De onderhuurder ging in hoger beroep, zodat het vonnis in eerste aanleg gedurende het appel niet in kracht van gewijsde ging. De onderverhuurder ging evenwel niet in hoger beroep. In het genoemde executie kort geding had de hoofdverhuurder in reconventie ontruiming van het gehuurde gevorderd. De voorzieningenrechter stelde in conventie vast dat de hoofdverhuurder het ontruimingsvonnis niet ten uitvoer mocht leggen gelet op het feit dat de onderhuurder in hoger beroep was gegaan (ex art. 350 lid 1 Rv.) In reconventie overwoog de voorzieningenrechter echter dat, nu de onderhuurovereenkomst het lot van de hoofdhurovereenkomst deelt en de onderverhuurder niet in hoger beroep was gekomen, vast stond dat de hoofdhurovereenkomst onherroepelijk was geëindigd en daarmee dus ook de onderhuurovereenkomst. Het hoger beroep van de onderhuurder kon die rechtstoestand niet meer veranderen. In reconventie werd de onderhuurder dan ook veroordeeld om tot ontruiming over te gaan. Deze laatste twee Bossche casuïstieken vormen mijns inziens schoolvoorbeelden van omstandigheden waarin de onderverhuurder niet goed voor de belangen van de onderhuurder heeft gewaakt. Of de onderverhuurder is veroordeeld tot schadevergoeding is niet bekend.

Het bepaalde in art. 7:306 lid 2 BW ziet ook op de gevallen dat de onderverhuurder bij de beëindiging van de hoofdhuurovereenkomst onvoldoende voor de belangen van de onderhuurder heeft gewaakt en dit mede tot de beëindiging heeft geleid.¹²⁷ Denk daarbij aan de volgende omstandigheden:

- de hoofdhuurder zegt de hoofdhuurovereenkomst op, zonder met de onderhuurder afspraken te hebben gemaakt over de beëindiging van de onderhuurovereenkomst (of over voortzetting van die onderhuurovereenkomst door de hoofdverhuurder);¹²⁸
- de hoofdhuurder stemt in met een opzegging van de hoofdhuurovereenkomst door de hoofdverhuurder;
- de hoofdhuurder gedraagt zich niet zoals het een goed huurder betaamt, waardoor de ontbinding van de hoofdhuurovereenkomst ex art. 7:231 BW volgt;
- de hoofdhuurder wordt geconfronteerd met een opzegging van de hoofdhuurovereenkomst, hetgeen uiteindelijk leidt tot een vaststelling in rechte van de beëindiging van de hoofdhuurovereenkomst, zonder dat de onderhuurder hierover wordt geïnformeerd en waardoor hem de mogelijkheid is ontnomen zich tegen de beëindiging van de hoofdhuur te verzetten en/of tijdig op zoek te gaan naar een alternatieve ruimte.

De schade waarover lid 2 spreekt, kan, aldus de parlementaire geschiedenis, (bijvoorbeeld) bestaan uit het missen van bedrijfsruimte over de periode dat de onderhuur zonder beëindiging van de hoofdhuurovereenkomst nog zou hebben voortgeduurd. De schadevergoeding zal dan mede kunnen bestaan uit de over die periode gederfde winst. Ook de volgende kostenposten zouden, aldus de wetgever, voor vergoeding in aanmerking kunnen komen, zelfs al worden de rechten van de onderhuurder uiteindelijk niet aangetast: de (extra) kosten die de onderhuurder te zijner verdediging heeft moeten maken die de onderverhuurder hem had kunnen besparen door zelf tijdig het nodige te doen of door de onderhuurder eerder te waarschuwen. Denk ook aan de situatie dat een niet meer af te wenden ontruiming niet tijdig is doorgegeven aan de onderhuurder waardoor deze extra kosten heeft moeten maken om noodmaatregelen te treffen.¹²⁹ De onderhuurder zal in ieder geval wel het causaal verband moeten aantonen tussen de door hem geleden schade en de niet-nakoming door de onderverhuurder van het bepaalde in art. 7:306 lid 2 BW. Of verhuis- en

¹²⁷ Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 26932, nr. 5, p. 19 (nota naar aanleiding van het verslag).

¹²⁸ Zie bijv. Hof Den Haag 16 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3720: nadat de onderverhuurder in eerste aanleg een verklaring voor recht tegen zich moest laten gelden inhoudende dat hij niet goed voor de belangen van zijn onderhuurder had gewaakt, kwam het hof in hoger beroep tot een ander oordeel. Het hof overwoog dat de belangen van de onderverhuurder bij beëindiging van de hoofdhuurovereenkomst zwaarder wogen dan de belangen van de onderhuurder bij voortzetting daarvan: als de onderverhuurder de hoofdhuurovereenkomst niet zou hebben opgezegd, dan zou deze met een termijn van vijf jaar zijn verlengd. Dit terwijl de onderhuurder (als hij het gehuurde zou zijn blijven gebruiken na die tijd) in strijd zou hebben gehandeld met de in de huurovereenkomst overeengekomen bestemmingsbepaling (omdat de onderhuurder in verband met het beëindigen van de franchiseovereenkomst het gehuurde niet meer kon exploiteren overeenkomstig de bestemming). (Deze kwestie was het hoger beroep van de uitspraak: Ktr. Dordrecht 21 juni 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BM8461, *WR* 2011/11.)

¹²⁹ Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 26932, nr. 5, p. 19 (nota naar aanleiding van het verslag).

herinrichtingskosten met succes gevorderd kunnen worden, zal afhangen van de vraag hoelang het gebruik van de bedrijfsruimte krachtens de onderhuur nog zou kunnen zijn voortgezet.

Asser/Rossel verdedigt (mijns inziens terecht) dat lid 2 ook van toepassing is als de hoofdhuurovereenkomst eindigt op een andere wijze dan de situatie als omschreven in lid 1; ook ten aanzien hiervan is de wetsgeschiedenis onduidelijk.¹³⁰

De onderverhuurder is bevoegd, niet verplicht, de onderhuurder in de beëindigingsprocedure op te roepen, voor zover de vordering tot beëindiging van de hoofdhuurovereenkomst de belangen van de onderhuurder raakt, aldus lid 3.¹³¹ De onderhuurder kan ook zelf vorderen zich te mogen voegen in de procedure (ex art. 217 Rv).¹³²

Teneinde de onderhuurder een reële mogelijkheid daartoe te bieden, is het wel van belang dat deze, zodra de onderverhuurder in rechte is betrokken, geïnformeerd wordt over het bestaan van de huurbeëindigingsprocedure. Mijns inziens verdient het voor de onderverhuurder de voorkeur de onderhuurder in de procedure te betrekken. Aldus wordt voorkomen dat de onderhuurder het standpunt in kan nemen dat de onderverhuurder niet goed voor zijn belangen heeft gewaakt.¹³³

Art. 7:306 BW is van semi-dwingend recht zodat als partijen hiervan willen afwijken (zonder dreiging van vernietiging), de goedkeuring van de rechter nodig is.

7.3.3 Goedkeuring afwijkende bedingen?¹³⁴

Met de intrede van art. 7:306 BW (meer in het bijzonder lid 1) is de vraag reëel of er nog een noodzaak bestaat om overeenkomstig het bepaalde in art. 7:291 lid 2 BW goedkeuring te vragen aan de sector kanton voor een bepaling in de onderhuurovereenkomst die erin voorziet dat de looptijd van de hoofdhuurovereenkomst parallel

130 Zie Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/650.

131 Als de onderhuurovereenkomst door een ander huurregime wordt beheerst dan door het regime van art. 7:290 BW, kan het eveneens zinvol zijn de onderhuurder op te roepen, ondanks dat art. 7:306 BW uitsluitend geldt als zowel de hoofd- als de onderhuurovereenkomst worden beheerst door het regime van art. 7:290 BW. Ongeacht het regime van de onderhuurovereenkomst ligt het immers hoe dan ook op de weg van de onderverhuurder om te waken voor de belangen van de onderhuurder indien de hoofdhuurovereenkomst wordt beëindigd.

132 Zie Ktr. Utrecht 15 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2244, waar de onderhuurder een procedure opstartte tegen zijn verhuurder, omdat zijns inziens deze onderverhuurder niet voldoende voor zijn belangen als onderhuurder had gewaakt in de (door de hoofdverhuurder geëntameerde) huurontbindingsprocedure; de huurovereenkomst was ontbonden omdat de ingebruikgeving aan onderhuurder (ook na beëindiging van de samenwerkingsovereenkomst met de onderverhuurder) in strijd was met de hoofdhuurovereenkomst. De rechter kwam tot het oordeel dat de onderverhuurder wel goed voor de belangen van de onderhuurder had gewaakt (ondanks dat zulks niet was geschied op de wijze die de onderhuurder in gedachten had); de onderhuurder werd dan ook in het ongelijk gesteld. Deze uitspraak is er één uit een lange reeks van uitspraken die zijn gevoerd tussen Kippersluis Supermarkt Biltstraat BV (de onderhuurder) en Jumbo Supermarkten BV (voorheen Super De Boer Winkels BV).

133 Althans, kan de onderhuurder de hoofdhuurder dan niet verwijten in het verweer ‘steken te hebben laten vallen’.

134 Zie uitvoerig hierover hoofdstuk 9 (Goedkeuring van afwijkende bedingen) van dit handboek, geschreven door Anneloes de Fouw en Katja Keij.

loopt aan die in de onderhuurovereenkomst.¹³⁵ Op grond van art. 7:291 lid 1 BW kan niet ten nadele van de huurder worden afgeweken van de bepalingen in titel 7.4.6 BW; gebeurt dat wel dan is die bepaling vatbaar voor vernietiging door de huurder. Een dergelijke bepaling is evenwel niet vernietigbaar als deze is goedgekeurd door de rechter. De rechter zal deze bepalingen kunnen goedkeuren (art. 7:291 lid 2 BW) als het beding de rechten die de huurder aan deze afdeling ontleent niet wezenlijk aantast, of diens maatschappelijke positie is, in vergelijking met die van de verhuurder, zodanig dat deze in alle redelijkheid geen bescherming behoeven.

In de rechtspraak worden geregeld dergelijke verzoeken afgewezen, onder verwijzing naar het ontbreken van de noodzaak voor een afwijking, gelet op het bepaalde in art. 7:306 lid 1 BW.¹³⁶ Dit is mijns inziens in beginsel terecht. Onder omstandigheden kan de onderverhuurder er evenwel belang bij hebben om deze looptijden parallel te laten lopen, bijvoorbeeld omdat de onderverhuurder de mogelijkheid wenst te hebben om de (hoofd)huurovereenkomst *zelf* op te zeggen tegen het einde van de met de hoofdverhuurder overeengekomen duur of omdat het huurregime van de hoofdhurovereenkomst een andere is dan die van de onderhuurovereenkomst (in welk geval art. 7:306 BW niet geldt). Ook voor de onderhuurder kan dit zinvol zijn, zodat hij niet geconfronteerd wordt met een plotseling einde van de hoofdhuur/onderhuurovereenkomst. Ook vanuit huurprijs perspectief kan het zinvol zijn om de hoogtes van de huurprijzen of de huurprijswijzigingsmomenten in de hoofd- en onderhuurovereenkomst parallel te laten lopen. De onderverhuurder heeft er belang bij dat, als de huurprijs in de hoofdhurovereenkomst wijzigt, deze wijziging een-op-een kan worden doorgevoerd in de onderhuurovereenkomst. Het lijkt evenwel moeilijk verdedigbaar dat een dergelijke bepaling de goedkeuring krijgt van de kantonrechter, overeenkomstig het bepaalde in art. 7:291 lid 3 BW, nu de huurrechten van de onderhuurder, als deze geen enkele invloed heeft op het proces van vaststelling van de hoofdhuurprijs, wel bijzonder worden uitgehold.¹³⁷ Een minder vergaande variant is het beding in de onderhuurovereenkomst dat bepaalt dat, de momenten van de huurprijswijziging in de onderhuurovereenkomst gelijk lopen aan die in de hoofdhurovereenkomst en de onderhuurder wordt betrokken in de

135 Uitgangspunt is dat een huurovereenkomst ex 7:290 BW in eerste instantie voor een termijn van twee keer vijf jaar wordt gesloten (zie art. 7:292 BW). Omdat het huurregime van art. 7:290 BW, in de eerste tien jaar periode, gebonden is aan strikte termijnen, kunnen partijen de duur van de onderhuurovereenkomst niet zonder meer laten aansluiten op die van de hoofdhurovereenkomst (althans niet als de duur daarmee afwijkt van het wettelijke systeem–). Doen partijen dat wel, zonder goedkeuring van de kantonrechter, dan is die looptijdbepaling vatbaar voor vernietiging.

136 Zie bijv. Ktr. Eindhoven 10 februari 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BH4055, *Prg.* 2009/65 en Ktr. Eindhoven 22 juli 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BJ4275. Kantonrechter 's-Hertogenbosch oordeelde anders op 1 februari 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BL5204, en 23 december 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BL5207. Partijen verzochten onder meer om goedkeuring van een bepaling die inhield dat de onderhuurovereenkomst eindigde zodra de hoofdhurovereenkomst eindigde. De kantonrechter wees partijen op het bepaalde in 7:306 BW met de stelling dat goedkeuring niet nodig was. Partijen wensten toch die goedkeuring omdat tegen het einde van de looptijd, de onderhuurder naar alle waarschijnlijkheid ook weg zal willen uit het gehuurde (in verband met een renovatie die zich te zijner tijd zal voordoen en huurder niet alleen in het winkelcentrum wil achterblijven). De kantonrechter honoreerde het verzoek.

137 Zie hoofdstuk 9 (Goedkeuring van afwijkende bedingen) van dit handboek, geschreven door Anneloes de Fouw en Katja Keij.

hoofdhuurprocedure. Het is niet-onmogelijk om voor een dergelijk beding goedkeuring te krijgen.¹³⁸ Uiteraard is het afhankelijk van de feiten en omstandigheden of een dergelijke bepaling met inachtneming van de criteria van art. 7:291 lid 3 BW wordt goedgekeurd.¹³⁹

7.3.4 *De invloed van onderhuurovereenkomsten op de huurprijsherzieningsprocedure ex art. 7:303 BW*

De hoofdverhuurder kan ook nog in een huurprijsherzieningsprocedure geconfronteerd worden met de hoogte van de huurprijs in de onderhuurovereenkomst. De huurprijs in een onderhuurovereenkomst betreffende een 7:290 bedrijfsruimte, kan namelijk een rol spelen bij de bepaling van de gemiddelde huurprijs van ‘vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse’ in de zin van art. 7:303 lid 2 BW. In HR 28 juni 2002, WR 2002/64 (*Blok/Kühlman Beheer*) was een ‘vergelijkbare bedrijfsruimte’ (dit betrof dus niet het gehuurde) gedeeltelijk in gebruik bij een hoofdhuurder en gedeeltelijk in gebruik bij een onderhuurder. De Hoge Raad overwoog dat wanneer:

“(...) slechts een gedeelte van een in zijn geheel verhuurde bedrijfsruimte als vergelijkbare bedrijfsruimte in de zin van art. 7A:1631a lid 8 BW kan worden aangemerkt, de huurprijs van dat gedeelte alleen dan kan worden betrokken bij de bepaling van de gemiddelde huurprijs als bedoeld in dit artikellid, indien deze naar objectieve maatstaven kan worden afgeleid van de huurprijs van de gehele bedrijfsruimte. Daarbij dient rekening gehouden te worden met de verschillen in kwaliteit van de verschillende bedrijfsruimte, daaronder begrepen de door de hoofdhuurder zelf gebruikte en vergelijkbaar geachte bedrijfsruimte. Ook de huurprijzen van de in onderhuur gegeven bedrijfsruimte kunnen daarbij van belang zijn, zij het dat dan tevens gelet moet worden op de wijze waarop en de omstandigheden waaronder deze tot stand zijn gekomen.” (r.o.3.5).

Het is vaste rechtspraak¹⁴⁰ dat verbeteringen die op kosten van de huurder zijn aangebracht buiten beschouwing dienen te blijven bij de bepaling van een nieuwe huurprijs. In 1991 heeft de Hoge Raad overwogen dat, in de hoofdhuurrelatie, verbeteringen aan het gehuurde die op kosten van de onderhuurder aan het gehuurde zijn aangebracht, gelijk dienen te worden gesteld aan verbeteringen die op kosten van

138 Zie Hof Amsterdam 8 september 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL5657, WR 2010/57, m.nt. W. Raas.

139 Zie verder hoofdstuk 9 (Beëindiging van huurovereenkomsten bedrijfsruimte) van dit handboek over de goedkeuring van afwijkende bedingen, geschreven door Anneloes de Fouw en Katja Keij.

140 Zie HR 24 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5856, NJ 1977/264, m.nt. P.A. Stein (*Veldman/Van Dijken*).

de huurder zijn aangebracht.¹⁴¹ Ook die werkzaamheden behoren derhalve buiten de huurprijsherziening te worden gelaten.¹⁴²

7.4 De positie van de onderhuurder bij ruimte ex art. 7:230a BW

De wet bepaalt in art. 7:230a BW lid 4 BW dat bij de beoordeling van een verzoek tot verlenging van de ontruimingsbeschermingstermijn, de belangen van de bevoegde onderhuurder ook een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of het verzoek tot verlenging van de ontruimingsbescherming dient te worden gehonoreerd:

“Het verzoek wordt slechts toegewezen indien de belangen van de huurder en van 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. (...)”

Zie bijv. de uitspraak van de Kantonrechter Haarlem van 24 augustus 2011,¹⁴³ waar sprake was van bevoegde onderverhuur en de ontruimingstermijn werd verlengd met één jaar in verband met de belangen van de onderhuurder. In die zaak was er geen sprake van een contractueel verbod, zodat aan de hand van art. 7:221 BW werd beoordeeld of de huur al dan niet bevoegdelijk was aangegaan. De toevoeging van de ‘bevoegdelijke onderhuurder’ is nieuw ten opzichte van het art. 28 c e.v. Huurwet (oud). Nu de ‘bevoegde onderhuurder’ op diverse plaatsen in de wetgeving een plek heeft verworven, is het logisch dat ook in dit artikel deze onderhuurder een rol is gaan spelen. Deze onderhuurder heeft evenwel niet het recht om zelf een verzoekschrift tot verlenging van de ontruimingsbeschermingsperiode in te dienen in de hoofdhuurrelatie, indien de hoofdverhuurder de hoofdhuurovereenkomst heeft opgezegd en de ontruiming heeft aangezegd.¹⁴⁴

Als de hoofdverhuurder tot opzegging van de hoofdhuurovereenkomst is overgegaan, ligt het in de rede dat ook de onderverhuurder tot opzegging van de onderhuurovereenkomst overgaat. Als de onderverhuurder dat achterwege laat, de hoofdhuurovereenkomst vervolgens eindigt en de onderhuurovereenkomst in stand blijft, zal de onderverhuurder zijn verplichtingen onder de onderhuurovereenkomst niet

141 Zie HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0318, NJ 1991/763 (*Krijnen/Eemnes*). Zie voor meer over huurprijsherzieningen in hoofdstuk 8 (Huurprijsherziening bedrijfsruimte) van dit handboek, geschreven door Joost Jacobs en Maaïke Cohen.

142 Zie de annotatie van J. Nijsten bij Hof ‘s-Hertogenbosch 4 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1466 in *TvHB* 2017, UDH:TvHB/14397 waarin hij (mijns inziens terecht) verdedigt: *“Als een huurder verslechtingen in de huurwaarde aanbrengt, moet hetzelfde gelden. Immers, als de verslechtingen voor rekening van de huurder en dus niet voor rekening van de verhuurder zijn aangebracht, is het niet redelijk dat de huurder in de vorm van een lagere huurprijs een vergoeding voor die verslechtingen ontvangt.”*

143 Ktr. Haarlem 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BU9595.

144 De onderhuurder zou wel de onderverhuurder, die niet voornemens is een verlengingsverzoek in te dienen, in een voorlopige voorziening kunnen trachten te ‘dwingen’ een verzoek in te dienen tot verlenging van de ontruimingsbeschermingstermijn.

meer kunnen nakomen en dreigt een tekortkoming van de onderverhuurder in de onderhuurovereenkomst (zie voor meer hierover paragrafen 7.2.9 en 7.2.10).

Als de hoofdverhuurder de huurovereenkomst opzegt en de ontruiming aanzegt en de onderverhuurder op zijn beurt de onderhuurovereenkomst opzegt en de ontruiming aanzegt, is het van belang om vast te stellen of de onderverhuurder de hoofdhurovereenkomst wenst te behouden als de onderhuurovereenkomst eindigt.

Als de onderverhuurder de hoofdhurovereenkomst wenst te behouden (ongeacht wat er gebeurt met de onderhuurovereenkomst), zal hij in de hoofdhurrelatie een beroep op verlenging van de ontruimingsbeschermingstermijn moeten doen (art. 7:230a lid 1 BW).¹⁴⁵ Dit geldt ongeacht of de onderhuurovereenkomst bevoegd of onbevoegd is. Als de onderverhuurder evenwel geen belang heeft bij voortzetting van de hoofdhurovereenkomst is de wens van de onderhuurder relevant. Als hij wenst dat de onderhuurovereenkomst wordt voortgezet en hij een beroep wenst te doen op de verlenging van de ontruimingsbeschermingstermijn, zal de onderverhuurder ook in de hoofdhurovereenkomst deze verzoekschriftprocedure moeten opstarten (bij gebreke waarvan hem een tekortkoming in de nakoming van zijn verplichtingen onder de onderhuurovereenkomst valt te verwijten, zie paragraaf 7.2.9/7.2.10).

Als de termijn waarbinnen de onderverhuurder een verzoekschriftprocedure ex art. 7:230a BW behoort in te dienen verstrijkt voordat de onderhuurder een verzoekschriftprocedure behoeft in te dienen in de onderhuurovereenkomst, is het aan te bevelen in de hoofdhurovereenkomst een voorwaardelijke verzoekschriftprocedure op te starten (onder de voorwaarde dat de onderhuurder in de onderhuurrelatie een verzoekschriftprocedure ex art. 7:230a lid 1 BW opstart). Als de onderhuurder deze verzoekschriftprocedure in de onderhuurrelatie eerder opstart, dan is het aan te bevelen bij het redigeren van de verzoekschriftprocedure in de hoofdhurovereenkomst, (ook) aan te sluiten bij de argumenten in de onderhuurovereenkomst. Verder is het aan te bevelen te verlangen de behandeling van deze verzoekschriftprocedures gevoegd te behandelen ex art. 285 Rv. Ook als de onderhuurovereenkomst onbevoegd is gesloten, is het aan te bevelen hierop een beroep te doen.

145 Zie hoofdstuk 11 (Beëindiging van huurovereenkomsten bedrijfsruimte) in dit handboek, geschreven door Nathalie Amiel en Arnout van der Hilst.