

Wat vindt de rechtspraak van het nieuwe ROZ-model bedrijfsruimte 230a?

WR 2015/104

INHOUDSOPGAVE

1. Inleiding
2. Asbest
3. De exoneratie van art. 10 AB
Algemeen
Onderzoeksverplichting
Art. 10.4, vierde aandachtstreepje
4. Retentierecht
5. ZAV
6. Opschorting bij ingaan huurovereenkomst
7. Exploitatieplicht
8. Onderverhuur
9. Boetes
10. Zekerheid
11. Kostenverhaal
12. Kosten van leveringen en diensten (servicekosten)
13. Onderhoudsverdeling
14. De ingangsdatum van de huurovereenkomst
15. Domiciliekeuze
16. De handleiding
17. Wat staat er niet in het model
Controle op hennepsteelt
Warmtewet en warmteleveringsovereenkomst
Leegstandschade
18. Tot slot

1. Inleiding

1.1 Op 18 februari 2015 publiceerde de Raad voor Onroerende Zaken (de ROZ) zijn nieuwe modelhuurovereenkomst voor de categorie 'kantoorruimte en andere ruimte in de zin van artikel 230a'¹ (hierna: het model). De handleiding² die de ROZ op zijn website bij het model van 2015 heeft geplaatst meldt dat in het model rekening is gehouden met de maatschappelijke ontwikkelingen op het gebied van huur en verhuur van bedrijfsruimte tussen verhuurders- en huurdersorganisaties. Niettemin is het model opgesteld vanuit de optiek van de verhurende partij, aldus de ROZ. Volgens de handleiding dient de uiteindelijke inhoud van de huurovereenkomst tot stand te komen aan de onderhandelingsstafel; een uitgangspunt dat de ROZ ook bij het uitbrengen van de eerdere versies van zijn modellen steeds heeft uitgedragen. Voor dit specifieke model zou echter gelden dat bij het opstellen ervan is gestreefd naar meer transparantie en naar meer gelijkwaardigheid tussen partijen bij de start van de onderhandelingen. Of de ROZ in dit streven is geslaagd laten wij in dit artikel onbesproken; er is al ge-

noeg over geschreven in de vakbladen en op het internet. Waarop wij ons in dit artikel concentreren is de vraag of bij het aanpassen van het model naast maatschappelijke ontwikkelingen, ook juridische ontwikkelingen een rol hebben gespeeld.

1.2 De voorganger van het nieuwe model dateert uit 2003. In dat jaar werd het nieuwe huurrecht ingevoerd. Sindsdien heeft het huurrecht zich in de rechtspraak en de literatuur verder ontwikkeld – ook op het gebied van de huur en verhuur van bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230a BW. In de handleiding bij het model zien wij echter geen verwijzing naar die ontwikkeling. De beschouwingen over het huurrecht bedrijfsruimte in de handleiding zijn hier en daar wat krakkemikkig en bevatten op onderdelen zelfs onjuistheden. Omdat het model voor de dagelijkse praktijk van groot belang is en de handleiding voor de uitleg van met name de AB³ van betekenis kan zijn,⁴ menen wij er verstandig aan te doen die handleiding (uitsluitend waar dit echt nodig is) te corrigeren of aan te vullen.

1.3 Verschillende nieuwe of gewijzigde onderdelen van het model zijn duidelijk terug te voeren op recente ontwikkelingen in de rechtspraak en de literatuur en soms zelfs op specifieke uitspraken. Daarbij gaat het niet alleen om arresten van de Hoge Raad, maar ook om uitspraken van lagere rechters, bijvoorbeeld op het gebied van de aansprakelijkheid voor asbest in het gehuurde. In zoverre is het model dus een duidelijke momentopname en dat geeft aanleiding om de ROZ aan te moedigen om het model regelmatig op actuele ontwikkelingen in de rechtspraak en de literatuur te blijven toetsen en waar nodig aan te passen.

1.4 Toch kwamen wij ook onderdelen tegen in het model waar juist geen, of onvoldoende rekening is gehouden met de actualiteit. Ook daarvan zullen wij melding maken. En ook daarvoor geldt dat het een stimulans voor de ROZ zou moeten zijn om het model in een volgende editie ook voor wat betreft deze onderdelen, aan een grondige en kritische inspectie te (blijven) onderwerpen.

1.5 Bij de behandeling van de onderwerpen hebben wij ons geconcentreerd op business-to-business-verhuur. Wij zijn ons ervan bewust dat het model gebruikt wordt voor zeer uiteenlopende huurobjecten: anders dan het model voor 290-bedrijfsruimte en het model voor woonruimte is dit model niet per definitie voor consumenten of

1 <http://bit.ly/ROZ-2015-ovk> (www.roz.nl).

2 <http://bit.ly/ROZ-2015-handleiding> (www.roz.nl).

3 <http://bit.ly/ROZ-2015-AB> (www.roz.nl).

4 Uit HR 31 mei 2002, NJ 2003/110, HR 28 juni 2002, NJ 2003/111 en HR 20 februari 2004, NJ 2004/493 volgt dat ook wanneer uitleg naar objectieve maatstaven dient plaats te vinden volgens de CAO-norm, aan de bewoordingen van de eventuele bij de CAO behorende schriftelijke toelichting betekenis kan worden toegekend.

voor beroeps- of bedrijfsmatige huurders bedoeld. Wij laten complicaties buiten beschouwing die zich voordoen in consumententransacties: de vele zwarte- en grijzelijsbedingen (art. 6:236 en 6:237 BW) zouden ruimschoots genoeg stof bieden voor nog een artikel. Wij vinden dit artikel in zijn huidige vorm lang genoeg.

2. Asbest

2.1 Het is duidelijk dat sinds HR 3 september 2010, *NJ 2010/474*, *WR 2010/102 (KPN/Tamminga)* de angst voor gevolgen van asbest in het gehuurde er bij verhuurders goed in zit. De Hoge Raad bood ruimte voor de opvatting dat wanneer gedurende de looptijd van een huurovereenkomst blijkt dat in het gehuurde een vorm van niet-hechtgebonden asbest aanwezig is, dit niet *pas* een gebrek oplevert wanneer het asbest door enigerlei oorzaak vrijkomt, maar dat die enkele aanwezigheid ertoe kan leiden dat het gehuurde van aanvang af met een gebrek behept is. Die opvatting heeft tot gevolg dat een verhuurder zich niet langer kan veroorloven om het er, ten aanzien van de eventuele aanwezigheid van asbest in het gehuurde, maar op aan te laten komen, wellicht vanuit de gedachte dat hij zich gedekt weet door een exoneratieclausule in de huurovereenkomst en dat hij kan volstaan met het verhelpen van het gebrek wanneer het zich manifesteert. Deze bij *later* opkomende gebreken mogelijke insteek gaat niet op bij gebreken die – achteraf gezien – reeds bij aanvang van de huurovereenkomst aanwezig waren. Daaraan staat immers het dwingend recht van art. 7:209 BW in de weg, althans voor zover het betreft gebreken die de verhuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst kende of had behoren te kennen. Dit heeft verschillende consequenties, onder andere dat een verhuurder die weet dat in het gehuurde asbest aanwezig is, verplicht is daarvan melding te maken aan de huurder bij (en dan natuurlijk nog het liefst *voor*) het aangaan van de huurovereenkomst. Bovendien geldt dat een verhuurder die om welke reden dan ook moet vermoeden dat asbest in het gehuurde aanwezig is, daarnaar *vóór* het aangaan van de huurovereenkomst onderzoek dient te doen. Dit is iets wat sinds Kantonrechter Dordrecht 10 februari 2005, *WR 2005/48* bij verhuurders ook al bekend moet worden verondersteld. Een verhuurder die zijn onderzoeksplicht negeert zal zich voor aansprakelijkheid wegens bedrijfsschade die de huurder lijdt op het moment dat het gehuurde en de zich daarin bevindende inventaris door asbest besmet raakt, niet kunnen disculperen. Dat die schade aanzienlijk kan zijn behoeft geen betoog.

2.2 Er is ook een categorie verhuurders die de aanwezigheid van asbest in het gehuurde niet kende en ook niet had behoren te kennen. Doet zich in zo'n geval een calamiteit voor, dan zou die niet tot aansprakelijkheid hoeven leiden. Dat garandeert echter niet dat een huurder, die zich met een aanzienlijke schade geconfronteerd ziet als gevolg van asbest, zich niet toch op het standpunt kan stellen dat de verhuurder is tekortgeschoten in zijn meldings- dan wel onderzoeksplicht. Die huurder kan dan toch naar de rechter

stappen om zijn gelijk te halen. S. van der Kamp⁵ heeft in *TvHB* een goed overzicht gegeven van recente procedures waarin het in de meeste gevallen ging om de wijze waarop de verhuurder invulling had gegeven of had moeten geven aan zijn informatieplicht met betrekking tot de aanwezigheid van asbest in het gehuurde. In drie van vier besproken gevallen betrof het een winkelcentrum in Haarlem. Daar heeft in 1991 een asbestsanering plaatsgevonden, maar in de jaren 2009-2011 werd duidelijk dat de sanering onvolgende was geweest. In vrijwel alle gevallen werd door de huurders een beroep gedaan op het arrest van 3 september 2010, waarin door de Hoge Raad ook een overweging werd gewijd aan de algemene verplichting van de verhuurder om het door hem te verhuren pand te doen onderzoeken op gebreken, alvorens het te verhuren (zie hierna).

2.3 Tegen deze achtergrond bezien valt het op dat de op asbest betrekking hebbende bepalingen in de huurovereenkomst en de AB van het model 2015 een constructie bevatten die niet als geheel waterdicht kan worden gekwalificeerd, maar die toch aardig haar best doet om het de verhuurder mogelijk te maken een beroep te doen op de in art. 10.3 en 10.4 van de in de AB voorkomende exoneratieclausule. Dat begint aan de voorkant met art. 9.1 van de huurovereenkomst. Dat bevat een keuzemenu. Er dient te worden ingevuld of aan de verhuurder niet of wel bekend is dat in het gehuurde asbest is verwerkt. In het eerste geval (de verhuurder is niet bekend) volgt daarop nog de aanvulling dat de onbekendheid van de verhuurder met de aanwezigheid van asbest in het gehuurde uitdrukkelijk geen garantie inhoudt (...) dat er geen asbest aanwezig is. Die aanvulling voegt op zichzelf niets toe. In het eerder genoemde arrest *KPN/Tamminga* overweegt de Hoge Raad ook al dat de verklaring van de verhuurder dat het pand, voor zover hem bekend, vrij van asbest is (lees: dat hem niet bekend is dat in het gehuurde asbest is verwerkt), er niet aan in de weg staat dat de huurder er niet vanuit mag gaan dat hij een pand huurt waarin zich geen asbest bevindt.⁶ Met andere woorden, de verhuurder zegt met de in art. 9.1 bedoelde verklaring niets meer dan dat hij bij aanvang van de huurovereenkomst het gebrek niet kende. Het zegt niets over de vraag of hij aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan. Een verhuurder die een bepaald gebrek niet kent, kan goede redenen hebben om voor het aangaan van de overeenkomst onderzoek te doen naar de aanwezigheid van dat gebrek, vooral als het een wat ouder pand betreft. Sterker nog, dat behoort tot zijn basisverplichtingen. Welnu, juist door te vermelden dat hij met de aanwezigheid van asbest onbekend is, wordt door de verhuurder eigenlijk (impliciet) benadrukt dat hij zich niet de moeite heeft getroost daarnaar onderzoek te doen. Daar-

5 S. van der Kamp, Aansprakelijkheid van de verhuurder voor de gevolgschade van asbest: de jurisprudentie na *KPN/Tamminga*, *TvHB* 2014 nr. 2, p. 94-97.

6 De overweging van de Hoge Raad luidt letterlijk: "De enkele omstandigheid dat de verhuurder, die een voormalig bedrijfspand wil verhuren, wel bereid is te verklaren dat het pand vrij van asbest is voor zover haar bekend, doch dit niet wil garanderen, terwijl het om een al wat ouder pand gaat, brengt niet mee dat de huurder niet mag verwachten dat het pand geen asbest bevat dat beperking van het huurgenot oplevert."

mee wordt de kans dat zijn onbekendheid hem later als verwijtbare nalatigheid wordt toegerekend alleen maar groter.

2.4 Wat indien de verhuurder wel op de hoogte is van de aanwezigheid van asbest in het gehuurde en daarvan netjes mededeling doet aan de huurder? Volgens het 'protocol' van art. 9.1 van de huurovereenkomst zal de *huurder* vervolgens, eveneens aan de hand van een keuzemenu, moeten verklaren of hij wel of niet bekend is met de aanwezigheid van asbest. Dat dat in theorie tot bizarre combinaties kan leiden laten wij hier in het midden, maar uitgaande van de situatie dat zowel de verhuurder als de huurder verklaren *wel* met de aanwezigheid van asbest bekend te zijn, betekent dat nog niet dat daarmee de aansprakelijkheid van de verhuurder is afgedekt. Het is niet onomstreden, maar wij menen dat de enkele bekendheid van de huurder met een gebrek bij het aangaan van de huurovereenkomst, geenszins betekent dat hij het gebrek heeft aanvaard.⁷ Het betekent evenmin dat hij zich erbij heeft neergelegd dat, indien zich als gevolg van de aanwezigheid van dat gebrek schade voordoet, hij de verhuurder daarvoor niet aansprakelijk kan stellen. Sterker nog, op het moment dat zowel de huurder als de verhuurder met de aanwezigheid van het gebrek bekend zijn, kan de verhuurder in beginsel geen beroep meer doen op de exoneratie van art. 10.3 AB.⁸ In art. 10.4 AB is immers nader bepaald: "– de verhuurder kan geen beroep doen op de exoneratieclausule van art. 10.3 indien hij een gebrek bij het aangaan van de huurovereenkomst kende en met de huurder daaromtrent geen nadere afspraken heeft gemaakt". Dat zal beslist anders zijn wanneer de huurder en de verhuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst met elkaar afspreken dat de door hen geconstateerde aanwezigheid van asbest in het gehuurde in dit geval door partijen niet zal worden aangemerkt als een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW, of dat de huurder voor verwijdering van het asbest zal zorgdragen voor rekening en risico van de verhuurder, of dat de huurder voorlopig van de aanwezigheid van asbest in het gehuurde geen punt zal maken en voorsnog van de verhuurder niet zal verlangen dat deze het verwijdert, bijvoorbeeld tot het moment dat hij het gehuurde wenst te verbouwen en zich in zijn voornemen beperkt ziet door de aanwezigheid van asbest.

2.5 Met andere woorden, de constructie met betrekking tot asbest is in de huidige vorm zowel aan de voorkant als de achterkant niet sluitend. Temeer daar de huurovereenkomst noch de AB een bepaling kent waarin de verplichting tot het verrichten van onderzoek naar de aanwezigheid van asbest *voor* het aangaan van de huurovereenkomst zonder meer bij de huurder wordt gelegd.⁹ Dat is immers één van de verschillende mogelijkheden om aan de werking

van art. 7:209 BW te ontkomen. Het staat partijen vrij om af te spreken dat de huurder onderzoek dient te doen naar mogelijk specifiek aanwezige gebreken. Indien hij deze vervolgens in het gehuurde aantreft dienen partijen daarover afspraken te maken, bijvoorbeeld door het begrip 'gebrek' te herdefiniëren.

2.6 Die onderzoeksplicht van de huurder bestaat wel op het moment dat hij zelf veranderingen en/of toevoegingen in het gehuurde wenst aan te brengen. Art. 12.5 AB bepaalt dat de huurder dan voor zijn rekening onderzoek dient te doen naar de aanwezigheid van asbest op de locatie waar de veranderingen en/of toevoegingen zullen plaatsvinden. Treft hij asbest aan (of is er al mee bekend) en gaat hij (toch) over tot het laten uitvoeren van de voorgenomen werkzaamheden, dan is de verhuurder gevrijwaard voor alle mogelijke schade en gevolgen daarvan, aldus de laatste volzin van art. 12.5 AB. Dat laatste is een open deur. Een huurder die willens en wetens met asbest aan de slag gaat en daardoor schade veroorzaakt, kan in zijn algemeenheid niet volhouden dat hij niet voor de schade voor een groot deel zelf aansprakelijk moet worden gehouden. Zoal discussie zou ontstaan over de toerekenbaarheid van de schade aan de verhuurder, zal dan toch de eigen-schuld-bepaling van art. 6:101 BW haar invloed doen gelden.

2.7 Vervolgens dringt zich de vraag op wat de gevolgen zijn indien de huurder niet van de aanwezigheid van asbest op de hoogte is en zonder voorafgaand onderzoek overgaat tot het aanbrengen van veranderingen en toevoegingen? Is die enkele nalatigheid voldoende om eventuele schade die daarvan het gevolg is, geheel voor rekening van de huurder te laten komen? Een antwoord laat zich niet eenvoudig formuleren. Het is geen zwart of wit. Enerzijds staat vast dat er bij het aangaan van de overeenkomst een gebrek aanwezig was in het gehuurde als gevolg waarvan de huurder in het normale gebruik van het gehuurde wordt belemmerd, anderzijds schiet de huurder op zijn beurt tekort in de nakoming van één van zijn verplichtingen uit de huurovereenkomst. Ook in deze casus volgt de oplossing uit het antwoord op de vraag of de verhuurder het gebrek kende of had behoren te kennen. Is dat het geval, dan ligt de conclusie voor de hand dat hij niet aan zijn onderzoeks- of informatieplicht heeft voldaan. Dat zal in veruit de meeste gevallen zwaarder wegen dan het verwijt dat de huurder gemaakt kan worden van het feit dat hij heeft nagelaten uitvoering te geven aan zijn 'in de kleine lettertjes' opgenomen onderzoeksverplichting.

3. De exoneratie van art. 10 AB¹⁰

Algemeen

3.1 Van oudsher komt grote betekenis toe aan het artikel over aansprakelijkheid van de verhuurder voor schade als gevolg van gebreken. Hierin wordt manifest hoe groot

7 Heikens, *GS Huurrecht*, art. 7:209, aant. 7.2.

8 Rechtbank Zeeland-West-Brabant 27 mei 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:4001.

9 Op grond van art. 2.3 AB is de huurder weliswaar verplicht het gehuurde voor het aangaan van de huurovereenkomst grondig te (doen) inspecteren, maar die verplichting heeft slechts een beperkt bereik, aangezien zij specifiek gericht is op de geschiktheid van het gehuurde voor de overeengekomen bestemming.

10 Zie (ook in verband met het vorige hoofdstuk) Heikens, *GS Huurrecht*, art. 7:209, aant. 4-8.

het belang is van een goede verdeling van de onderzoeksverplichting tussen de huurder en de verhuurder en van de afspraken die zij met elkaar maken, indien bij dat onderzoek gebreken worden aangetroffen in het gehuurde. In zijn algemeenheid kan worden gezegd dat de exoneratieclausule de lakmoesproef vormt van de mate waarin partijen (en dan met name de verhuurder) bij het aangaan van de huurovereenkomst aandacht hebben besteed aan de verwachtingen van de huurder.¹¹ Schiet de verhuurder hierin tekort en blijkt dat de huurder meer van het gehuurde verwacht dan de verhuurder aan genot kan verschaffen, dan is het in hoge mate afhankelijk van de kwaliteit van met name dit onderdeel van de AB wie van beide partijen voor de gevolgen daarvan de verantwoordelijkheid draagt. Anders dan in het algemene verbintenissenrecht gelden hier de normen van art. 7:208 BW en 7:209 BW, die op hun beurt weer kunnen worden gezien als nadere invulling van art. 6:74 en 6:75 BW.¹²

3.2 De aansprakelijkheid van de verhuurder voor schade als gevolg van gebreken is geregeld in art. 10 AB. Anders dan zijn voorganger (art. 11 AB versie 2003) lijkt uit de opbouw en de samenstelling van het artikel de bedoeling naar voren te komen van een min of meer evenwichtige regeling, waarbij niet uitsluitend het veiligstellen van de belangen van de verhuurder voorop heeft gestaan. Art. 10 AB is woordelijk vrijwel gelijk aan de aansprakelijkheidsclausules van de ROZ-modellen voor bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 e.v. BW in de versies 2008 en 2012, waarover Heikens in zijn artikel uit 2008¹³ al opmerkte dat deze een verbetering opleveren ten opzichte van de oude regeling uit 2003.

3.3 In genoemd artikel concludeerde Heikens eveneens dat de structuur van de exoneratiebepaling in feite neerkomt op een in spiegelbeeld geformuleerde weergave van art. 7:208 BW. Dat is het gevolg van de in 10.3 AB opgenomen basisregel dat de verhuurder *niet* aansprakelijk is voor schade ten gevolge van een gebrek en dat de huurder geen aanspraak kan maken op huurprijzvermindering en verrekening, behoudens de bevoegdheid tot verrekening als bedoeld in art. 7:206 lid 3 BW. Wat opvalt is dat hierop wordt voortgebouwd in de handleiding bij het nieuwe model. De handleiding meldt namelijk in § 2.2 onder a dat, wanneer de verhuurder een gebrek moet opheffen en hij daarmee in verzuim blijft, hij het risico loopt dat de huurder het gebrek zelf verhelpt en de kosten daarvan in mindering brengt op de huurprijs. Dat is juist, maar de tekst in de handleiding die daarop volgt is onjuist: dat de huurder naast het zelf verhelpen van het gebrek met verrekening van de kosten, evenredige vermindering van de huurprijs kan vorderen zolang het gebrek voortduurt – die opmerking spoort niet met art. 10.3 AB, waarin nu juist die bevoegdheid van de huurder om aan-

spraak te maken op huurprijzvermindering is uitgesloten. Die uitsluiting van art. 7:207 BW is rechtsgeldig, tenzij het gaat om een gebrek dat de verhuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst kende of had behoren te kennen.

3.4 De rest van art. 10 AB en dan met name art. 10.4 AB, bevat een omschrijving van de op de hoofdregel (verhuurder is niet aansprakelijk voor schade als gevolg van een gebrek) geldende uitzonderingen, op grond waarvan de verhuurder *wel* aansprakelijk is voor schade indien hem deze kan worden toegerekend, of indien hij het gebrek waarvan de schade het gevolg is, bij het aangaan van de overeenkomst kende of had behoren te kennen. Zie daar per saldo de algemene regel van art. 7:208 BW, overigens zonder vermelding van de niet onbelangrijke toevoeging in datzelfde art. 7:208 BW dat de verhuurder ook aansprakelijk is voor gebreken waarvan hij de afwezigheid heeft gegarandeerd.¹⁴

3.5 Of met de in art. 10.3 AB omschreven hoofdregel ook wordt bedoeld op de aansprakelijkheid van de verhuurder op grond van art. 6:174 BW, is de vraag. Wij betwijfelen dat sterk. In de handleiding wordt er niets over gezegd. De nadrukkelijke verwijzing in art. 10.3 AB naar de gebrekenregeling van art. 7:204-208 BW, maakt niet aannemelijk dat hier ook wordt bedoeld op de eventuele aansprakelijkheid van de verhuurder jegens de huurder indien het gehuurde gevaar oplevert, omdat het niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen. Dat aan de exoneratieclausule van art. 10.3 AB een zodanige ruime strekking zou moeten worden toegekend, ligt niet voor de hand, omdat de aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW van een geheel andere orde is en in het algemeen geen belangrijke rol speelt in de specifieke huurrechtelijke context van dit soort overeenkomsten. Het is een op onrechtmatige daad gebaseerde risicoaansprakelijkheid, waarvoor in beginsel andere normen gelden dan voor de aansprakelijkheid uit het huurrecht. Dit neemt overigens niet weg dat beide vormen van aansprakelijkheid in een bepaald geval naast elkaar kunnen bestaan.¹⁵

3.6 Wil de verhuurder ondanks de exoneratie van art. 10.3 met succes aansprakelijk gehouden kunnen worden voor schade ten gevolge van een gebrek, dan dient die schade in de eerste plaats een gevolg te zijn van een toerekenbare *ernstige* tekortkoming van de verhuurder, aldus het eerste aandachtstreepje van art. 10.4 AB. Blijkens de handleiding bij het model (pag. 2) is voor het begrip “toerekenbare ernstige tekortkoming” gekozen, ondanks dat dit begrip niet in het BW wordt gebezigd. Daarmee wordt volgens de handleiding bedoeld aan te geven “dat er een extra drempel wordt

11 De Jonge/De Wijkerslooth, *Parl. Gesch. Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 240-245, MvT *Kamerstukken II* 1997/98, 26089, nr. 3, p. 14 en Vrakking, *Contractueel afwijken in het huurrecht: over verwachtingen, risico's en exoneratie in de gebrekenregeling*, *WR* 2015/1.

12 Kloosterman, *SDU Commentaar Huurrecht* 2015, art. 208, aant. C.2. en A.M. Kloosterman, *Reactie op artikel van Huydecoper*, *WR* 2015/79.

13 Heikens, *De nieuwe ROZ-bepalingen winkelruimte (versie 2008)*, *WR* 2008/119.

14 Aangenomen mag worden dat dat laatste door de ROZ als een vanzelfsprekendheid wordt beschouwd: wie uitdrukkelijk verklaart dat het gehuurde een bepaalde eigenschap niet zal hebben, terwijl nadien blijkt dat deze eigenschap wel degelijk aanwezig was, kan zich daarvan (natuurlijk) niet disculperen.

15 Kloosterman, *SDU Commentaar Huurrecht* 2015 art. 208, aant. C.2., Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3632, *WR* 2013/137, J.L.R.A Huydecoper, *Schade en schande?*, *WR* 2015/78 en A.M. Kloosterman, *Reactie op artikel van Huydecoper*, *WR* 2015/79.

opgeworpen voor de huurder als deze de verhuurder wenst aan te spreken op een toerekenbare tekortkoming”. Het wordt er daardoor niet duidelijker op. Eén ding staat vast, te weten dat de extra drempel geen effect sorteert op het moment dat sprake is van een gebrek dat bij aanvang van de huurovereenkomst aanwezig was en dat de verhuurder toen kende of had behoren te kennen. Zou dat wel de bedoeling zijn geweest, dan wordt hiermee immers ten nadele van de huurder afgeweken van de normale regeling van art. 7:208 BW (hierin komt de verhoogde drempel van de *ernstige* tekortkoming niet voor) hetgeen op grond van datzelfde art. 7:208 in combinatie met art. 7:209 BW niet is toegestaan. Gezien de plaatsing van de woorden in de gekozen volgorde ‘toerekenbare ernstige tekortkoming’ wordt met ‘ernstige’ uitsluitend bedoeld op de tekortkoming ‘an sich’ en niet op de toerekenbaarheid. Het bijvoeglijk naamwoord ‘ernstige’ verwijst immers uitsluitend naar ‘tekortkoming’. Voor de beoordeling of de tekortkoming (of die nu ernstig is of niet) aan de verhuurder kan worden toegerekend geldt dus geen andere (lees: zwaardere) maatstaf dan die welke op zichzelf al voortvloeit uit art. 7:208 BW, tegen de achtergrond van art. 6:74 BW en art. 6:75 BW¹⁶ (een tekortkoming kan niet aan de schuldenaar worden *toegerekend* als zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, overeenkomst of op grond van verkeersopvattingen voor zijn rekening komt).

3.7 Wat overblijft is de vraag wat het onderscheid is tussen een gewone tekortkoming en een *ernstige* tekortkoming.¹⁷ In de rechtspraak is sinds 2008 (voor zover ons bekend) over dit onderscheid nimmer geprocedeerd, maar misschien is dat eenvoudig te verklaren door het feit dat een procedure de kosten niet waard is, indien de door de verhuurder te vergoeden schade daar niet tegen opweegt. Aldus beoogt de ROZ een huurder, die met een niet al te omvangrijke schade wordt geconfronteerd, door de opgeworpen drempel van een procedure te weerhouden.

De uitzonderingen van art. 10.4 AB

3.8 In drie van de vijf in art. 10.4 AB omschreven uitzonderingsgevallen staat de situatie bij het aangaan van de huurovereenkomst centraal. Dat is begrijpelijk, want juist daar bevindt zich het scharnierpunt van de eigen verantwoordelijkheid van partijen. Wij doelen daarmee op de onderzoeksverplichting van de verhuurder en de daarmee verband houdende mededelingsplicht aan de ene kant, en de eigen verantwoordelijkheid van de huurder om te onderzoeken of het gehuurde geschikt is voor het door hem beoogde gebruik aan de andere kant. Dat is op zichzelf al ingewikkelde materie, waarbij een belangrijke rol is weggelegd voor de werking van het dwingend recht van art. 7:209 BW, maar dit alles wordt nog verder gecompliceerd door de door de ROZ gehanteerde methodiek.

Onderzoeksverplichting

3.9 De door de ROZ gekozen methodiek begint bij de in art. 3.2 AB neergelegde verplichting van partijen om de algemene, bouwkundige en de technische staat van het gehuurde, waarin de huurder het gehuurde bij aanvang van de huurovereenkomst aanvaardt, vast te leggen in een als bijlage aan de huurovereenkomst toe te voegen en door of namens partijen ondertekend proces-verbaal van oplevering. Wat betekent dit anders dan dat beide partijen – en dus uitdrukkelijk ook de verhuurder – zich in elk geval tot op zekere hoogte in de materiële staat van het gehuurde bij aanvang van de huurovereenkomst dienen te verdiepen? Beide partijen dienen enig onderzoek te doen, anders heeft het opstellen van een proces-verbaal geen enkele zin. Dat impliceert dat indien bij die opname bepaalde, op dat moment aanwezige gebreken niet door partijen worden opgemerkt, terwijl die normaal gesproken bij een oppervlakkige opname van het gehuurde wel konden worden ontdekt, zij daarvoor in beginsel beiden aansprakelijk zijn. Maar vooral voor de verhuurder kan dat verdergaande consequenties hebben, aangezien hem op het moment dat hij bij het opstellen van het proces-verbaal niet voldoende oplettend is of nalaat onderzoek te doen naar de staat waarin het gehuurde zich op dat moment bevindt, al vrij snel het verwijt kan worden gemaakt dat hij zich onvoldoende van de in art. 3.2 AB neergelegde verplichting heeft gekweten.¹⁸ In het huurrecht weegt de onderzoeksverplichting van de verhuurder bij aanvang van de huurovereenkomst sinds *KPN/Tamminga* nu eenmaal zwaarder dan die van de huurder.

3.10 Natuurlijk kan het ook zo zijn dat partijen bij het opmaken van het proces-verbaal *wel* voldoende opmerkzaam zijn en de op dat moment aanwezige gebreken constateren. Zij zijn dan beiden van die gebreken op de hoogte en ook hier geldt weer dat indien zij het daarbij laten, de consequenties daarvan bij de verhuurder behoren te liggen. Het geldt inmiddels in de lagere rechtspraak als een min of meer algemene regel dat wetenschap van een gebrek bij de huurder niet automatisch tot gevolg heeft dat deze het gebrek en de gevolgen daarvan zonder meer aanvaardt.¹⁹ Daarvoor zijn aanvullende afspraken nodig, en juist de verplichting om daarover afspraken te maken vinden we gelukkig terug in het tweede aandachtstreepje van art. 10.4.

3.11 Er is nog een derde onderscheiden mogelijk: die waarbij geen van de partijen invulling geeft aan de verplichting van art. 3.2 AB. Als de staat van het gehuurde niet wordt opgenomen en geen proces-verbaal wordt opgemaakt, geldt op grond van de laatste volzin van art. 3.1 AB dat de huurder wordt geacht het gehuurde in goede staat, zonder gebreken en vrij van schade te hebben ontvangen. Zo’n bepaling is als de bekende medaille: hij heeft twee kanten. Aan de ene kant is zij bedoeld om invulling te geven aan hetgeen partijen

¹⁶ Kloosterman, t.a.p.

¹⁷ Heikens, De nieuwe ROZ-bepalingen winkelruimte (versie 2008), WR 2008/119. Hierin verdere beschouwingen over de achtergrond van de ‘ernstige tekortkoming’, als mogelijke koppeling met de tekortkoming van substantiële aard in art. 7:207 BW of (in spiegelbeeld) met de tenzij-regel van art. 6:265 BW.

¹⁸ Voor een mooi voorbeeld uit de praktijk zie Hof’s-Hertogenbosch 24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:601.

¹⁹ Rechtbank Noord-Holland 19 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:13917, WR 2014/52 en Hof Amsterdam 28 januari 2014 en 22 juli 2014 (*Batavia/Krijco*), WR 2014/126.

hebben nagelaten te doen. Er wordt een fictieve situatie aangenomen, die tussen partijen als uitgangspunt zal dienen: het gehuurde heeft bij aanvang van de huur geen gebreken, de huurder wordt geacht geen reden te hebben tot klagen, alles wat zich nadien als gebrek aankondigt wordt in beginsel geacht na het aangaan van de huurovereenkomst te zijn ontstaan. Tegelijkertijd is voorstelbaar dat de bepaling wordt uitgelegd als een soort contractuele garantie zijdens de verhuurder, dat bij aanvang van de huur in het gehuurde geen gebreken aanwezig zijn. Als de huurder wordt geacht het gehuurde in goede staat te hebben aanvaard, geldt ook het tegenovergestelde, namelijk dat de verhuurder wordt geacht het gehuurde in goede staat in gebruik te hebben gegeven. En op die verklaring (of zo men wil: garantie) kan de verhuurder worden aangesproken op het moment dat zich (kort) na het aangaan van de huurovereenkomst desalniettemin een gebrek openbaart, dat ondanks de contractuele fictie van art. 3.1 AB reeds bij het aangaan van huurovereenkomst aanwezig moet zijn geweest. Bijvoorbeeld niet-hechtgebonden asbest! De verhuurder valt dan als het ware in zijn eigen zwaard. Hij kan zich immers niet verweren met de stelling dat de huurder die gebreken had moeten constateren, want hij is in de eerste plaats zelf tekort geschoten door geen uitvoering te geven aan de verplichting een proces-verbaal op te maken van de algemene, bouwkundige en technische staat van het gehuurde. Hij heeft niet aan zijn onderzoeksverplichting voldaan. Zoals gezegd geldt dat verwijt in mindere mate voor de huurder. De AB bevatten geen algemene onderzoeksverplichting van de huurder, met uitzondering van die met betrekking tot de geschiktheid van het gehuurde voor de overeengekomen bestemming van art. 2.3 AB, maar dat is naar zijn aard een beperkte onderzoeksverplichting, die uitsluitend betrekking heeft op specifieke, met die bestemming verband houdende eigenschappen van het gehuurde.²⁰ Als vaststaat dat de verhuurder niet aan zijn onderzoeksverplichting heeft voldaan is de stap naar verwijtbare nalatigheid ten aanzien van de onderzoeksverplichting naar reeds bij het aangaan van de huurovereenkomst aanwezige gebreken niet meer zo groot. Daar doet de fictie van art. 3.1 AB niets aan af.

Art. 10.4, vierde aandachtstreepje

3.12 Tot slot de onverminderd ongelukkige formulering van de vierde uitzondering van art. 10.4 AB. Daarin wordt omschreven dat de verhuurder in afwijking op de hoofdregel van art. 10.3 AB *wel* aansprakelijk is voor een gebrek dat hij bij het aangaan van de huurovereenkomst behoorde te kennen *en* waarvan de huurder niet op de hoogte had kunnen of behoren te zijn of waarnaar deze geen onderzoek hoefde te doen. Dat laatste onderdeel suggereert dat wanneer er gebreken zijn waarnaar de huurder *wel* onderzoek had moeten doen en die hij klaarblijkelijk niet heeft opgemerkt, de uitzondering niet opgaat en de hoofdregel weer in werking treedt (lees: de verhuurder is niet aansprakelijk

voor schade ten gevolge van een gebrek). Zoals eerder opgemerkt bij het hoofdstuk over asbest zou die nalatigheid van de huurder ertoe kunnen leiden dat hij de verhuurder voor de schade als gevolg van die niet door hem opgemerkte gebreken niet aansprakelijk kan houden. Die situatie wordt met zoveel woorden beschreven in de nota naar aanleiding van het verslag,²¹ maar aan die redenering staat in het geval van art. 10.4 AB loodrecht in de weg dat de uitzondering zoals deze hier wordt geformuleerd, betrekking heeft op gebreken die de verhuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst *behoorde* te kennen! Een onbegrijpelijke combinatie: op grond van art. 7:209 BW is het voor de verhuurder eenvoudigweg niet mogelijk om zich voor bij het aangaan van de huurovereenkomst aanwezige gebreken te excuseren, indien tegelijkertijd vaststaat dat hij deze had behoren te kennen. Of de huurder nu aan zijn onderzoeksverplichting heeft voldaan of niet. Juist in het feit dat de verhuurder het gebrek had behoren te kennen ligt immers besloten dat hij zelf is tekortgeschoten in zijn onderzoeksverplichting. Dat zit ingebakken in het op zich al normatieve begrip 'had behoren te kennen'. Sinds het arrest *KPN/Tamminga* bestaat omtrent de algemene onderzoeksverplichting van de verhuurder ook nog maar weinig twijfel in de rechtspraak.²² Met die ontwikkeling is in de AB onvoldoende rekening gehouden.

3.13 Met het zojuist gestelde wil niet gezegd zijn dat het beter was geweest indien in het model expliciet was vastgelegd dat op de verhuurder in het geheel geen onderzoeksverplichting rust en dat de huurder daarvoor verantwoordelijk is. Daarmee zou het volledige risico van het gehuurde bij de huurder worden gelegd. Dat is strijdig met de uit de parlementaire geschiedenis naar voren komende bedoeling van de regeling (zie Vrakking, t.a.p.). Slechts met betrekking tot bepaalde, op de specifieke bedrijfsruimte betrekking hebbende eigenschappen, is het voor partijen mogelijk hierover voor het aangaan van de overeenkomst afspraken te maken, bijvoorbeeld met betrekking tot een vermoedelijk aanwezige bodemverontreiniging waarover partijen expliciet afspreken dat niet de verhuurder, maar de huurder die verder zal onderzoeken. Dit teneinde te voorkomen dat een huurder al te gemakkelijk met een in algemene bewoordingen vervatte, niet nader gespecificeerde onderzoeksverplichting wordt belast ten aanzien van gebreken waarvan hij op zijn beurt het bestaan niet kende of had behoren te kennen. De ROZ had er daarom beter voor kunnen kiezen in het model van de huurovereenkomst een bepaling op te nemen, waarin bijvoorbeeld aan de hand van een keuzemenu bepaalde specifieke aspecten onder de onderzoeksverplichting van de huurder kunnen worden gebracht, zoals dat nu in art. 4.3 AB is opgenomen ten aanzien van het verkrijgen van ver-

20 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 13 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:86, WR 2015/72 met betrekking tot de afwezigheid van een gasaansluiting in een ten behoeve van een waterrij door de huurder gehuurde bedrijfsruimte.

21 De Jonge/De Wijkerslooth, *Parl. Gesch. Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 244.

22 In zoverre kan de gedraging van de verhuurder die bij het aangaan van de huurovereenkomst nalaat te onderzoeken of het gehuurde geschikt is voor het met de huurder overeengekomen gebruik min of meer gelijkgesteld worden met de in het Ontwerp Houwing genoemde 'kwade trouw' van de verhuurder die met die omstandigheden bekend was, maar daarover heeft gezwegen.

gunningen en andere overheidsvoorschriften in verband met de overeengekomen bestemming van het gehuurde.²³

4. Retentierecht

4.1 Een vonnis dat verhurend Nederland deed opschrikken was dat van de Rechtbank Oost-Brabant van 15 januari 2014:²⁴ een aannemer beriep zich met succes tegenover de verhuurder op zijn retentierecht ten aanzien van het gehuurde. Dat zou in het ergste geval ertoe kunnen leiden dat de schuldeiser van de huurder zich verhaalt op eigendom van de verhuurder: veel onwenselijker wordt het niet. In hoeverre kan de verhuurder zich hiertegen indekken? Art. 3:291 BW bepaalt dat de retentor het retentierecht kan inroepen tegen derden met een ouder recht,

“indien zijn vordering voortspuit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan, of hij geen reden had om aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twijfelen”.

4.2 Ook als de huurder niet bevoegd was, maar de aannemer geen reden had om aan die toestemming te twijfelen, kan de aannemer zijn retentierecht dus uitoefenen ten koste van de verhuurder. Hoe kan de verhuurder die gerede twijfel van de aannemer nu beïnvloeden?

4.3 Hoe ver de onderzoeksplicht van de aannemer reikt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In een recente uitspraak tussen Breda Bouw en de gemeente Hendrik-Ido-Ambacht heeft de rechtbank overwogen dat een aannemer altijd onderzoek zal moeten doen in het kadaster, om te controleren of zijn contractspartij ook de eigenaar is. Is dat niet het geval, aldus de Rechtbank Rotterdam, dan zal de aannemer navraag moeten doen bij de juridisch eigenaar.²⁵ In dit specifieke geval was de opdrachtgever de koper van de grond, aan wie nog niet juridisch geleverd was. Als de opdrachtgever huurder is, zal het iets genuanceerder liggen. De aannemer zal er in het algemeen wel op mogen vertrouwen dat een huurder relatief kleine aanpassingen mag laten verrichten: op grond van art. 7:215 BW is de huurder immers – dwingendrechtelijk – bevoegd om wijzigingen aan te brengen die zonder noemenswaardige kosten ongedaan gemaakt kunnen worden. Alleen voor meer ingrijpende werkzaamheden kan de verhuurder (de derde met een ouder recht, vanuit de retentor gezien) de huurder die bevoegdheid ontzeggen. Hoe ingrijpender de werkzaamhe-

den, des te meer nadruk zal er dus komen te liggen op de onderzoeksplicht van de aannemer.

4.4 Heeft hij niet voldaan aan die onderzoeksplicht, of heeft hij bij zijn onderzoek ontdekt dat de huurder niet bevoegd is om de werkzaamheden te doen uitvoeren, dan kan de retentor zijn recht niet tegenwerpen aan de verhuurder. Als het gaat om relatief kleine wijzigingen, dan kan de verhuurder dus niets doen: de toestemming is bij wet gegeven en van semi-dwingend recht – ook voor 230a-ruimte.²⁶ Voor grotere ingrepen – en die zullen bij verhuurders nu juist de meeste hoofdbreken veroorzaken – heeft de verhuurder de mogelijkheid om zijn toestemming te onthouden. Bij het verlenen van toestemming zal de verhuurder dus aandacht moeten hebben voor de mogelijkheid dat de huurder niet in staat is zijn verplichtingen jegens de aannemer na te komen.

4.5 De verhuurder kan bijvoorbeeld aan zijn toestemming voor bepaalde werkzaamheden de opschortende voorwaarde verbinden dat de huurder vooraf zekerheid stelt voor de volledige som van de werkzaamheden, of dat de huurder bij de aannemer bedingt dat deze afziet van een eventueel retentierecht. Een combinatie van beide voorwaarden is ook mogelijk, zoals ook Oosterling-Van der Maarel en Derksen opmerken – en is met name van belang voor meerwerk.²⁷

4.6 Hoe is dat neergelegd in het model? Art. 12.1 AB bepaalt dat de huurder ervoor zorg dient te dragen dat hij van de partij die veranderingen en toevoegingen uitvoert, bedingt dat deze afziet van zijn retentierecht. In art. 12.2 AB is vervolgens bepaald dat de huurder zonder toestemming van de verhuurder bevoegd is veranderingen en/of toevoegingen in het gehuurde aan te brengen, die voor de exploitatie van het bedrijf van de huurder nodig zijn – mits de veranderingen niet de constructie van het gehuurde of technische voorzieningen betreffen of beïnvloeden. Daaronder lijkt meer te vallen dan alleen veranderingen die zonder noemenswaardige kosten kunnen worden verwijderd, waarover later meer. Een belangrijke misser is hier duidelijk zichtbaar: weliswaar wordt voorgeschreven dat de huurder afstand van retentierecht bedingt, maar nergens staat dat de – op zichzelf ruime – toestemming om wijzigingen aan te laten brengen afhankelijk is van het voldoen aan die voorwaarde. De ROZ had hier bij uitstek een bepaling kunnen opnemen die de hierboven voorgestelde voorwaarden *in het algemeen* vereist, zodat de verhuurder daar niet bij iedere toestemming alert op hoeft te zijn. Zelfs een instructie aan de verhuurder om alert te zijn op dit onderwerp bij de beoordeling van verzoeken om toestemming, ontbreekt in de bijbehorende handleiding.

23 Hetgeen op basis van de huidige stand van de rechtspraak niet altijd voldoende basis biedt om de verhuurder te vrijwaren tegen aansprakelijkheid als gevolg van schade indien dat gebruik volgens de overeengekomen bestemming (toch) in strijd blijkt te zijn met het bestemmingsplan. Zie de noot van J.A. van Strijen onder Hof Arnhem 4 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX6413, WR 2013/14 en J.A. van Strijen, (Gewijzigde) overheidsvoorschriften bij bedrijfsruimte; gebrek of geen gebrek?, WR 2010/87.

24 Rechtbank Oost-Brabant 15 januari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:185, WR 2014/71 (m.nt. P.V. Kleijn en A.A.T. Werner).

25 Rechtbank Rotterdam 16 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2503, N/F 2015/261, rov. 4.6.

26 Het ligt ook niet voor de hand dat de aannemer een retentierecht kan uitoefenen wanneer hij alleen maar aanpassingen doet die zonder noemenswaardige kosten verwijderd kunnen worden: doorgaans zal het gehuurde dan niet in de macht van de aannemer zijn.

27 Oosterling-Van der Maarel en Derksen, Retentierecht in het huurrecht, TvHB 2015/1, p. 19-24, p. 23.

5. ZAV

5.1 Ook de huurder van 230a-ruimte wordt beschermd door art. 7:215 lid 6 BW: de verhuurder kan geen voorwaarden stellen aan veranderingen of toevoegingen die bij het einde van de huur zonder noemenswaardige kosten kunnen worden ongedaan gemaakt en verwijderd. Strikt genomen zijn enkele van de bepalingen in het model met dat artikel in strijd. Men zou erover kunnen twisten of de huurder gehouden kan zijn om de verhuurder vooraf schriftelijk te informeren over alle voorgenomen wijzigingen (art. 12.1 AB). Hetzelfde geldt voor het verbod op het aanbrengen van wijzigingen waardoor de energie-index van het gehuurde aantoonbaar verslechtert (art. 7.5 AB) en het verbod om wijzigingen aan te brengen aan de buitenkant of die van buiten zichtbaar zijn (art. 5.5 en 12.4 AB).²⁸ Deze afwijkingen zijn wellicht te billijken met een beroep op goed huurderschap, maar of een beroep daarop slaagt zal van geval tot geval moeten blijken.

5.2 Het recht van de huurder uit art. 7:215 BW wordt begrensd door het goed huurderschap van art. 7:213 BW: hij zal bij zijn keuze voor veranderingen en toevoegingen – kort gezegd – rekening moeten houden met de belangen van de verhuurder.²⁹ Schending van hetgeen de AB voorschrijven betekent niet per definitie een schending van art. 7:213 BW, maar kan onder omstandigheden wel een tekortkoming opleveren.³⁰ Art. 12.1 AB wordt in art. 29 AB bedreigd met een boete en verdient alleen al daarom de aandacht van de huurder.³¹

5.3 Terwijl enerzijds de uit art. 7:215 BW voortvloeiende rechten van de huurder (vernietigbaar) beperkt worden, geeft art. 12.2 AB juist een verruiming ten opzichte van de wet. De huurder krijgt bij voorbaat toestemming voor alle (interne) veranderingen of toevoegingen die nodig zijn voor de exploitatie van zijn bedrijf. De enige voorwaarde die daaraan wordt gesteld, is dat de veranderingen en toevoegingen niet de (bouwkundige) constructie van het gehuurde of voorzieningen die deel uitmaken van het gehuurde of het gebouw of complex van gebouwen waarvan het gehuurde deel uitmaakt, *betreffen of beïnvloeden*. In een procedure waarin een min of meer vergelijkbare voorwaarde aan de orde was, heeft de Rechtbank Arnhem geoordeeld:³²

“[Het] aanbrengen van sleufgoten in de (betonnen) constructievloer van de begane grond en het aanbrengen van zware grondstoffensilo's op de eerste verdieping van het pand [levert] in ieder geval vragen op die de constructie van het pand raken. De interpretatie van Bart's Retail, dat

het moet gaan om verbouwingen waarbij de constructie niet nadelig wordt beïnvloed, kan niet als juist worden aanvaard omdat deze toevoeging niet uit de tekst van de huurovereenkomst blijkt en evenmin is gesteld of gebleken dat zij door partijen bedoeld was.”

5.4 Ook is in de AB opgenomen dat de huurder verplicht is de wijzigingen te verwijderen (art. 12.15 AB) en dat de huurder afstand doet van zijn recht op vergoeding wegens achtergebleven wijzigingen (art. 12.15 en 22.4 AB). De Hoge Raad overwoog over met name het laatstgenoemde beding al eens kernachtig:³³

“De door het hof in dit verband vermelde redengevende omstandigheden (...) maken (...) niet duidelijk waarom [A] (...), in weerwil van bedoeld beding een vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking geldend zou kunnen maken.”

5.5 Over de gelding van deze bepalingen valt dus – bijzondere omstandigheden daargelaten – niet of nauwelijks meer te twisten.

6. Opschorting bij ingaan huurovereenkomst

6.1 Een andere bepaling die opvalt, is art. 5.7 AB. De verhuurder mag de huurder de toegang tot het gehuurde weigeren indien de huurder bij aanvang van de huur nog niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan. Indien de datum waarop de huurder het gehuurde in gebruik zal nemen niet samenvalt met de ingangsdatum van de huurovereenkomst (bijvoorbeeld om voorbereidingen te treffen of een verbouwing te verrichten)³⁴ lijkt er niet zoveel aan de hand. In het algemeen zal het dan immers zo zijn dat de huurder formeel nog geen aanspraak kan maken op dat gebruik en de verhuurder dus nog niet verplicht is hem dat gebruik te verschaffen. Maar als de ingangsdatum en de datum van in gebruik name door de huurder wel samenvallen ligt de juridische situatie anders. Vanaf dat moment heeft de huurder recht op het gebruik van het gehuurde. Zou de verhuurder hem dat gebruik op dat moment ontzeggen, dan beroept hij zich feitelijk op een opschortingsrecht. In twee arresten van het hof te Arnhem is geformuleerd dat de verhuurder in beginsel geen opschortingsrecht toekomt. In het eerste arrest heeft de verhuurder de sloten vervangen en de huurders de toegang ontzegd.³⁵

“6. (...) Zowel de verbintenis van Loozeman tot verschaffen van het huurgenot als de verbintenis van Groen c.s. tot betaling van de periodieke huurprijs is een voortdurende verplichting, waarbij het niet zo is dat een van beide partijen als eerste moet presteren.

7. Het hof merkt op dat de verhuurder, behoudens zeer bijzondere omstandigheden, in beginsel geen be-

28 De “tenzij”-formulering die toch toestemming vereist voor kleine wijzigingen aan de buitenzijde, geldt immers uitsluitend voor de huur van woonruimte. Zie bijvoorbeeld *GS Huurrecht*, art. 7:215 BW, aant. 91.

29 Zie *GS Huurrecht*, art. 7:215 BW, aant. 26.

30 Zie ook *GS Huurrecht*, art. 7:213 BW, aant. 6.

31 Over de toepassing van die boete op onder andere dit artikel wordt hierna nog gesproken.

32 Rechtbank Arnhem 10 mei 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT7885, WR 2006/8.

33 HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9234, NJ 2007/21, rov. 3.6.

34 Maar dan bij voorkeur niet zonder sleutelverklaring in verband met het verspringen van het risico!

35 Hof Arnhem 8 februari 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ0496, WR 2011/86.

roep op een opschortingsrecht toekomt ten aanzien van zijn hoofdverplichting om het gehuurde aan de huurder ter beschikking te stellen. Immers als pressiemiddel om de huurder alsnog zijn verplichtingen te doen nakomen, schiet de opschorting haar doel voorbij: zou de huurder alsnog willen nakomen (hetgeen in dit geval voortdurend gebruik veronderstelt), dan kan de verhuurder zijn verplichting om het gehuurde ter beschikking te stellen in ieder geval voor het verleden niet meer nakomen.

Voor zover het door Loozeman ingeroepen opschortingsrecht dient om vooruit te lopen op het invoeren van de ontbinding, die op grond van artikel 7:231 BW, eerste lid, alleen door de rechter kan geschieden (behoudens in de in het tweede lid van dat artikel neergelegde uitzonderingen), komt de opschorting van de terbeschikkingstellingverplichting neer op een feitelijke executie vooruitlopend op het rechterlijk oordeel, hetgeen evenmin in overeenstemming met de ratio van artikel 7:231 BW is.”

6.2 In een meer recente zaak verving de verhuurder niet alleen de sloten, maar beriep hij zich ook nog eens op een retentierecht ten aanzien van de inboedel van de huurders:³⁶

“5.13 De huurovereenkomst tussen partijen eindigde per 1 januari 2013. Tot die tijd diende [verhuurder] [huurders] uit hoofde van zijn hoofdverplichting uit de huurovereenkomst - het verschaffen van het genot van het gehuurde - de onbelemmerde toegang te verstrekken tot het gehuurde en [huurders] in staat te stellen het gehuurde gebruiken. Door voor 1 januari 2013 de sloten te vervangen en [huurders] de toegang tot het gehuurde te ontzeggen, heeft [verhuurder] zijn hoofdverplichting de facto opgeschort. Een verhuurder heeft echter, behoudens zeer bijzondere omstandigheden, geen opschortingsrecht ten aanzien van zijn hoofdverplichting. In artikel 7:231 BW, een bepaling waarvan niet ten nadele van de huurder kan worden afgeweken, is bepaald dat de verhuurder, afgezien van de in lid 2 van die bepaling geregelde bijzondere situatie, een huurovereenkomst betreffende gebouwd onroerend goed slechts door tussenkomst van de rechter kan ontbinden. Op deze wijze wordt, in combinatie met de regeling betreffende de opzegging van dergelijke huurovereenkomsten, bewerkstelligd dat de verhuurder de huurovereenkomst niet zonder tussenkomst van de rechter kan beëindigen en daarmee niet zelf, zonder toestemming van de huurder, kan bewerkstelligen dat er een einde komt aan het gebruik van het gehuurde door de huurder. Wanneer de verhuurder ten aanzien van zijn hoofdverplichting een opschortingsrecht zou toekomen, zou hij, in strijd met het wettelijk stelsel, wel zonder rechterlijke tussenkomst, tegen de wil van de huurder beëindiging van het gebruik van het gehuurde door de huurder kunnen realiseren. [Verhuurder] heeft niets aangevoerd waaruit volgt dat sprake is van zulke bijzondere omstandigheden

dat in dit geval wel sprake was van een opschortingsrecht.”

6.3 In beide arresten is uitdrukkelijk geformuleerd dat de verhuurder van een gebouwde onroerende zaak geen opschortingsrecht heeft, althans dat hij uit dien hoofde de huurder niet het gebruik mag ontzeggen. Is dat anders indien de huurder zijn intrek in het gehuurde nog moet nemen? Uit het arrest uit 2011 lijkt te volgen dat de kern van het probleem met opschorting door de verhuurder gelegen is in het feit dat beide partijen gelijktijdig moeten presteren en de verhuurder daarom niet op een later tijdstip alsnog kan nakomen. Het tweede arrest legt meer de nadruk op het feit dat de verhuurder door opschorting buiten rechte per saldo het effect van ontbinding buiten rechte zou kunnen bewerkstelligen, hetgeen in strijd zou komen met art. 7:231 BW. In ieder geval kan men zich afvragen of art. 5.7 AB überhaupt in alle gevallen kan worden ingezet: het vereiste van art. 6:262 BW, dat de op te schorten verbintenis staat tegenover de verbintenis waarin de wederpartij tekortschiet, kan dat verhinderen. Zo beschouwd staat een bijkomende verplichting als bijvoorbeeld het stellen van een bankgarantie mogelijk niet tegenover de verplichting van de verhuurder om het gehuurde ter beschikking te stellen.^{37,38} Opschorting zou evengoed mogelijk kunnen zijn op grond van art. 6:52 BW, mits er voldoende samenhang bestaat tussen de wederzijdse verbintenissen.³⁹ Samenhang doordat beide verplichtingen voortvloeien uit een wederkerige overeenkomst is niet per se voldoende.⁴⁰

6.4 Gelet op het dwingendrechtelijke karakter van art. 7:231 BW kan art. 5.7 AB niet worden tegengeworpen aan de huurder: als de verhuurder zonder art. 5.7 AB de huurder de toegang niet mag weigeren, dan brengt deze bepaling daar dus geen verandering in.

7. Exploitatieplicht

7.1 Het recht kent geen algemene regel op grond waarvan de huurder van bedrijfsruimte *verplicht* is om het gehuurde overeenkomstig de bestemming te gebruiken. Uit de overeenkomst of uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan een dergelijke verplichting voortvloeien.⁴¹ Het verdient dus aanbeveling om het niet te laten aankomen op de weging van de wederzijdse (kenbare) belangen in het kader van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, maar een contractuele verplichting te bedingen. Dat geldt temeer nu doorgaans het belang van de verhuurder met name gelegen is in de waardevermindering van het gehuurde als gevolg van de leegstand: bij

37 MvA II, Parl. Gesch. 6, p. 994.

38 Wij zijn ons ervan bewust dat dit in de praktijk veelvuldig voorkomt. Men kan dat ondervangen door de overeenkomst aan te gaan onder de opschortende voorwaarde dat de bankgarantie tijdig door de huurder is gesteld.

39 Zie ook HR 30 juni 1978, NJ 1978/693 (*Theunissen/Verstappen*), m.nt. G.J. Scholten en W.H. Heemskerck.

40 Zie de noot onder HR 30 juni 1978, NJ 1978/693 (*Theunissen/Verstappen*).

41 HR 23 december 2005, WR 2006/26, conclusie A-G gaat uitvoerig op het onderwerp in en formuleert de hier samengevatte regel.

36 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5012.

winkelruimte wordt dat aanvaard als een gegeven, maar bij kantoorruimte zal de verhuurder meer moeten aanvoeren.

7.2 In het ROZ-model is die exploitatieplicht dan ook opgenomen, en wel in art. 5.1 AB. Daarin is bepaald dat de huurder het gehuurde daadwerkelijk, geheel en zelf zal gebruiken overeenkomstig de overeengekomen bestemming. In de bepaling zijn deelverplichtingen te onderscheiden: ten eerste het daadwerkelijk, geheel en zelf gebruiken. Ook relevant om te onderscheiden is de verplichting tot gebruik conform de bestemming, een onderdeel van het beding dat verbonden is aan art. 7:214 BW. Ieder van deze deelonderwerpen is van belang in het kader van de exploitatieplicht; zij zijn dan ook terecht opgenomen in de algemene bepalingen. Toch moet de verhuurder erop voorbereid zijn dat zelfs de meest volledige regeling in de algemene bepalingen niet kan voorkomen dat hem soms toch geen beroep op de exploitatieplicht toekomt.

7.3 De invulling van de verplichting is namelijk geheel afhankelijk van de verdere afspraken tussen huurder en verhuurder: een al te ruime bevoegdheid tot onderverhuur kan bijvoorbeeld in de weg staan aan de vordering tot nakoming van de verplichting om *zelf* de exploitatie in de hand te houden.⁴² Het feit dat de verhuurder nooit heeft geprotesteerd tegen het van het begin af aan slechts gedeeltelijk gebruiken van het gehuurde heeft invloed op zijn recht om zich er later op te beroepen dat de huurder het gehuurde ten onrechte niet *geheel* gebruikt.⁴³ En een te algemene omschrijving van de bestemming kan ertoe leiden dat de verhuurder niet kan ingrijpen als de huurder in het gehuurde een spooksupermarkt inricht nadat de werkelijke supermarkt is vertrokken naar een nieuwe locatie.⁴⁴

7.4 Ook los van al die variabelen zal iedere vordering tot nakoming van de exploitatieverplichting kunnen vastlopen op de afweging van de wederzijdse belangen of op de onmogelijkheid van nakoming door de huurder.⁴⁵ Weliswaar staat dat los van het feit dat de huurder tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen uit de huurovereenkomst (zodat ontbinding tot de mogelijkheden behoort en ook boetes verbeurd kunnen worden), maar in veel gevallen heeft dat voor de verhuurder geen meerwaarde: de verhuurder wil nu juist exploitatie van het gehuurde bereiken, niet ontruiming. Menig poging tot verhaal van de schade door leegstand strandt voorts op de causaliteitsvraag: het is vaak moeilijk te zeggen of de verhuurbaarheid werkelijk is verslechterd doordat de huurder het gebruik heeft gestaakt, of dat het gehuurde in de huidige markt überhaupt onverhuurbaar is.⁴⁶

7.5 Art. 5.4 AB voorziet in een verplichting van de huurder om ook gebruik te maken van de gemeenschappe-

lijke voorzieningen van het gebouw (of complex van gebouwen) waartoe het gehuurde behoort. Art. 18.2 AB verplicht de huurder bovendien om contracten met nutsbedrijven aan te gaan en servicecontracten af te sluiten met betrekking tot installaties. De exploitatieplicht strekt dus verder dan alleen het enkele gebruik van het gehuurde: ook het gebruik van de voorzieningen is uitdrukkelijk onderdeel daarvan.

7.6 In art. 6 AB is bepaald – kort gezegd – dat de huurder niet bevoegd is tot onderverhuur. Zoals aangehaald, is voor een goede uitvoerbaarheid van de exploitatieplicht belangrijk dat een eventueel recht tot onderverhuur zorgvuldig vormgegeven wordt. Men kan zich afvragen of de toestemming tot onderverhuur aan groepsmaatschappijen (in art. 6.3 AB) voldoende concreet is begrensd om niet in conflict te komen met de verplichting om het gehuurde zelf te exploiteren.

8. Onderverhuur

8.1 Art. 6.1 AB verbiedt het materiële resultaat van ‘onderverhuur’ met drie verboden: de huurder mag het gehuurde niet aan derden in gebruik geven, hij mag zijn huurrechten niet overdragen en hij mag ze niet inbrengen in een vennootschap van welke vorm dan ook. In de rechtspraak wordt wel aangenomen dat van in gebruik geven aan een ‘derde’ geen sprake is indien de huurder de juridische zeggenschap over de onderneming heeft behouden en feitelijk in staat is de verantwoordelijkheid voor de wijze van gebruik van het gehuurde te dragen en die verantwoordelijkheid ook draagt.⁴⁷ In een arrest van het Hof ‘s-Hertogenbosch uit 2008 is zelfs de overweging te lezen dat het inbrengen van de onderneming in een besloten vennootschap een gebruikelijke bedrijfseconomische handelswijze is en daarom niet tot ontbinding kan leiden.⁴⁸

8.2 Misschien wel de meest opmerkelijke van de drie verboden is de tweede: het verbod op het overdragen van de huurrechten. De overdracht van de huurrechten moet worden onderscheiden van contractsoverneming op de voet van art. 6:159 BW, waarvoor immers de toestemming van de verhuurder nodig zou zijn. Het gaat dus over de overdracht (cessie) van uitsluitend de rechten uit de overeenkomst, de overdracht van een vorderingsrecht dus. De verplichtingen van de huurder blijven in zo’n geval bij de huurder, maar het tegen de verhuurder in te roepen gebruiksrecht gaat naar de verkrijger. Het getuigt van creativiteit en grondigheid dat de ROZ ook dat verbod heeft opgenomen in deze bepaling, maar de uitvoering laat te wensen over.

8.3 Art. 3:83 lid 2 BW maakt het mogelijk om de overdraagbaarheid van vorderingsrechten door middel van een beding uit te sluiten: daarmee zou iedere overdracht van

42 Hof Arnhem 29 september 2009, *WR* 2010/12.

43 Ktr. ‘s-Hertogenbosch 18 november 2009, *WR* 2010/39.

44 Rechtbank Midden-Nederland 29 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2953.

45 Bijvoorbeeld Rechtbank Limburg 28 oktober 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:8277.

46 Hof ‘s-Gravenhage 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX9856.

47 Ktr. Groningen 29 april 2010, *WR* 2011/25, rov. 4.1.4.

48 Hof ‘s-Hertogenbosch 8 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC2767. Toegegeven: het lijkt daar niet om een ROZ-overeenkomst te gaan. Een bepaling als hier besproken, is niet gesteld.

huurrechten aan derden nietig (en ook niet voor herstel vatbaar) zijn. Het praktisch nut daarvan is dat de verhuurder tegen iedere ‘verkrijger’ van de huurrechten rechtstreeks kan optreden, zonder dat die verkrijger zich daartegen kan verweren met de stelling dat hij de huurrechten heeft verkregen. De ‘verkrijger’ gebruikt het gehuurde dan dus zonder recht of titel, terwijl de huurovereenkomst eenvoudigweg kan voortduren. Om dit resultaat te bewerkstelligen, zou art. 6.1 AB evenwel duidelijk geformuleerd moeten zijn als beding gericht op onoverdraagbaarheid, niet als verbod op overdragen. De Hoge Raad heeft daarover geoordeeld:⁴⁹

“Als uitgangspunt bij de uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten, moet worden aangenomen dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW is beoogd.”

8.4 Is het verschil in praktisch nut van beide bepalingen nu werkelijk zo groot? De ROZ kan worden toegegeven dat de relevantie beperkt is: de tekortkoming van de huurder die ontstaat bij schending van dit verbod, zal in de regel voldoende ernstig zijn om de huurovereenkomst te laten ontbinden. Het huurrecht dat aan de derde is overgedragen, zal daarmee evenzeer tenietgaan. Maar hoe klein ook, het verschil kan zich laten voelen. Bijvoorbeeld in een geval waarin de verhuurder de huurrelatie met de oorspronkelijke huurder in stand wil houden, maar de derde-gebruiker niet wil accepteren – in de huidige markt voor bedrijfsruimte geen ondenkbaar scenario. Of het geval dat de tekortkoming van de huurder – het overdragen van de huurrechten – alles bij elkaar niet voldoende zwaarwegend is om de ontbinding te rechtvaardigen. Kan de verhuurder dan de derde-verkrijger wel laten ontruimen, terwijl hij de huurovereenkomst niet kan beëindigen? Het zou voor de hand hebben gelegen dat de ROZ deze mogelijkheid had benut.

9. Boetes

9.1 De AB kent een drietal boetes: de boete wegens onbevoegde onderverhuur, de boete wegens te late betaling en de boete voor overige overtredingen. Opvallend is dat het telkens boetes *per dag of per maand* zijn – dus geen eenmalige boetes. Voor sommige van de tekortkomingen waarop de boetes gesteld zijn, was een eenmalige boete wellicht passender geweest. Hierna worden de boete wegens te late betaling en de boete op overige tekortkomingen besproken.⁵⁰

9.2 In art. 23.2 AB is de boete wegens te late betaling van een verschuldigd bedrag opgenomen. Deze boete (en vooral zijn evenknie in de woonruimte-variant van het ROZ-model) is veelbesproken in de rechtspraak. De ROZ

heeft duidelijk oog gehad voor het commentaar, maar of het resultaat zoveel beter is valt te bezien. Het artikel bepaalt nu:

“Telkens indien een uit hoofde van de huurovereenkomst door huurder verschuldigd bedrag niet prompt op de vervaldag is voldaan, verbeurt huurder aan verhuurder van rechtswege per kalendermaand vanaf de vervaldag van dat bedrag een direct opeisbare boete van 1% van het verschuldigde per kalendermaand, waarbij iedere ingetreden maand als een volle maand geldt, met een minimum van € 300,00 per maand. De hiervoor bedoelde boete(rente) is niet verschuldigd indien huurder voor de in artikel 23.1 genoemde vervaldatum per aangetekende brief een gemotiveerde vordering bij verhuurder heeft ingediend en verhuurder binnen 4 weken na ontvangst van deze brief inhoudelijk daarop niet heeft gereageerd.”

9.3 De boete voor te late betaling bedraagt dus in principe 1% van het verschuldigde per maand, dus 12% op jaarbasis. De boete geldt voor alle uit hoofde van de huurovereenkomst door huurder verschuldigde bedragen: ook indien de huurder bijvoorbeeld de jaarafrekening van de servicekosten niet tijdig voldoet, is hij maandelijks 1% van het verschuldigde per maand verschuldigd als boete.⁵¹ Het percentage van de boete op zichzelf is niet het onderdeel van de bepaling dat tot de meeste rechtspraak heeft geleid, maar juist dit percentage werd bij de herziening van het model bijgesteld van 2% naar 1%.

9.4 Opvallender is het – bij de herziening ongewijzigde – ‘minimum’ waarin de bepaling voorziet. Indien 1% van het verschuldigde per maand minder is dan € 300,00, bedraagt de boete minstens € 300,00 per maand. Dat betekent per saldo dat van een boete van 1% per maand alleen sprake is in geval van een *maandelijks* huurprijs van € 30.000,00 of meer. In alle andere gevallen – en dat zijn er in de praktijk veel – is de boete in verhouding tot de huurprijs vele malen hoger. In een arrest uit 2014 heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden het boetebeding van de ROZ onder de loep genomen en de uiteindelijke boete gematigd, omdat toepassing van het minimum tot een buitensporig en daardoor onaanvaardbaar resultaat leidde: er is sprake van een wanverhouding tussen de wettelijke schadevergoeding en het op grond van het boetebeding verschuldigde bedrag, al-

49 HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167.

50 Voor een meer uitputtende behandeling over boetebedingen in huurovereenkomsten verwijzen wij naar M.E.A. Möhring en F. van der Hoek, “Onmatig, onredelijk, oneerlijk?”, WR 2013/39.

51 In een vonnis van de Rechtbank Amsterdam d.d. 26 september 2012 (ECLI:NL:RBAMS:2012:BX8231, NJF 2012/468) gaat de kantonrechter er onzes inziens ten onrechte van uit dat het percentage ziet op het openstaande bedrag, zodat onduidelijk is of het minimum ziet op elk te individualiseren bedrag dat openstaat, het totaal aan verschuldigde bedragen of een minimumdrempel voor de verbeurde boetes, onder welke drempel geen boete verschuldigd is. Hoewel de formulering van de bepaling zonder meer te wensen over laat, is na herhaalde lezing wel duidelijk dat het percentage is gerelateerd aan *het verschuldigde per kalendermaand*. Grofweg gezegd dus is de hoogte van de boete afhankelijk van de huurprijs per kalendermaand, waarbij de maandelijks boete wordt verhoogd tot € 300,00 indien 2% van het verschuldigde per kalendermaand minder is dan € 300,00.

dus het hof.⁵² Het hof neemt daarbij in aanmerking dat het effect van het minimum is, dat juist bij lage huurprijzen het effect van de boete het sterkst is en dat de periode waarover de boete verschuldigd is, niet gelimiteerd is. Het hof matigt de boete tot de 2% per maand die in het beding genoemd wordt. Ook hanteert het hof een einddatum, en wel het punt waarop “wel duidelijk was dat de huurder ondanks de boete niet wilde betalen, zodat het boetebeding in elk geval toen het beoogde effect als prikkel tot tijdige nakoming had verloren”. Het had voor de hand gelegen dat de ROZ deze overwegingen had laten doorklinken in de tekst van de bepaling, zoals Van Strijen terecht suggereert in haar noot bij het arrest in WR.⁵³

9.5 De uiteindelijke berekening van de boete loopt ook nogal uiteen: er zijn verhuurders die per maand, iedere maand opnieuw, per onbetaalde huurtermijn het boetebedrag in rekening brengen. De openstaande boete loopt volgens die berekening wel heel snel op. De Rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft die berekeningswijze al eens afgewezen.⁵⁴ Ook is bij herhaling afgewezen de gevorderde wettelijke (handels)rente naast de boete: op grond van art. 6:92 lid 2 BW komt de boete immers in de plaats van schadevergoeding.⁵⁵

9.6 Art. 29 AB is in de herziene formulering gericht op enkele concreet benoemde tekortkomingen. De formulering en opbouw van de boete is evenwel niet op al die specifiek benoemde tekortkomingen afgestemd. Voor de toepassing van de boete bij schending van de verplichtingen van art. 5.1 AB (de exploitatieverplichting en enkele gebruiksvoorschriften) en 8 AB (enkele gebruiksvoorschriften) zijn op voorhand geen problemen te verwachten. Het boetebeding geldt per dag dat de huurder in verzuim is, maar uitdrukkelijk pas *nadat* de verhuurder hem behoorlijk in gebreke gesteld heeft.

9.7 De toepassing en berekening van deze boete bij schending van art. 12.1 AB zal problematisch kunnen blijken. Dat artikel verplicht de huurder om de verhuurder ‘tijdig tevoren’ schriftelijk te informeren over voorgenomen wijzigingen en van de aannemer te bedingen dat deze afstand doet van zijn retentierecht. Hoewel ‘tijdig tevoren’ geen vastomlijnd begrip is, hetgeen de toepassing van de boete zal bemoeilijken, is wel duidelijk dat de informatie voorafgaand aan de wijzigingen moet worden verstrekt. Een verhuurder die constateert dat zijn huurder wijzigingen heeft doorgevoerd zonder hem te informeren, zal moeite

hebben de boete toe te passen: ingebrekestelling is volgens de boetebepaling wel verplicht, maar zinloos omdat ‘tevoren’ informeren onmogelijk is geworden. Het moment waarop de verschuldigdheid van de boete begint, is dus onduidelijk – als de boete überhaupt kan worden toegepast. Ook is onduidelijk tot wanneer de boete zou moeten doorlopen, opnieuw omdat alsnog nakomen onmogelijk is.

9.8 Ook wanneer het gaat om de boete op overtreding van art. 24.1 AB, het tijdig stellen van een bankgarantie voor aanvang van de huur, liggen perikelen bij de toepassing voor de hand. Waar de huurovereenkomst in art. 6.1 voorschrijft dat dat ‘voor de ingangsdatum’ gebeurt, bepaalt art. 24.1 AB juist dat de huurder uiterlijk 2 weken voor de ingangsdatum van de huur een bankgarantie stelt – “of zoveel eerder als verhuurder aangeeft”. Het ligt niet voor de hand dat deze algemene voorwaarde snel zal prevaleren boven de tekst van de overeenkomst zelf, die op zichzelf duidelijk is. De boete zal dan ook waarschijnlijk niet eerder dan met ingang van de huurovereenkomst verschuldigd zijn. Opvallend is dat de boete niet geldt voor het geval dat de bankgarantie is aangesproken en de huurder niet op eerste verzoek van de verhuurder zorgt voor een nieuwe bankgarantie (dan wel waarborgsom), terwijl dat nu juist een situatie is waarin de verhuurder behoefte heeft aan een prikkel tot nakoming voor de huurder.

10. Zekerheid

10.1 Het model voorziet in zekerheidstelling in de vorm van een waarborgsom of bankgarantie. Art. 24 AB is daarop aangepast. Het resultaat is – door de hardnekkige “dan wel”-constructie – vrijwel onleesbaar geworden:

“Als waarborg voor de juiste nakoming van zijn verplichtingen uit de huurovereenkomst zal Huurder uiterlijk 2 weken voor ingangsdatum als bedoeld in artikel 3.1 van de huurovereenkomst of zoveel eerder als Verhuurder aangeeft een bankgarantie afgeven in overeenstemming met een door Verhuurder aangegeven model ter grootte van een in de huurovereenkomst weergegeven bedrag dan wel waarborgsom storten op een door Verhuurder opgegeven bankrekening. Deze bankgarantie dan wel waarborgsom dient mede te gelden voor de verlengingen van de huurovereenkomst inclusief wijzigingen daarvan en dient geldig te blijven tot tenminste zes maanden na de datum waarop het gehuurde feitelijk is ontruimd en tevens de huurovereenkomst is beëindigd. Bovendien dient deze bankgarantie dan wel waarborgsom te gelden voor de rechtsopvolger(s) van Verhuurder.”

10.2 Het was handiger geweest indien de ROZ dit artikel had herschreven en herschikt voor de onderscheidenlijke relevante factoren die zich bij een bankgarantie respectievelijk waarborgsom voordoen. Art. 24.4 AB vertoont een meer overzichtelijke opzet, omdat de bepaling twee afzonderlijke regels kent voor het geval van een bankgarantie respectievelijk voor het geval van een waarborgsom. Art. 24.5

52 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7343, WR 2015/55, m.nt. J.A. Van Strijen.

53 t.a.p.

54 Rechtbank Zeeland-West-Brabant 18 september 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:6708, RVR 2014/11. Naar verluidt wordt deze wijze van berekening inmiddels bij vrijwel iedere rechtbank afgewezen; van een formele richtlijn is echter (nog) geen sprake.

55 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2517. In dit arrest wordt bovendien een processuele bijzonderheid besproken, namelijk het geval dat de in kracht van gewijsde gegane veroordeling tot betaling van de wettelijke rente in de weg staat aan een latere veroordeling tot betaling van de contractuele boete.

AB bepaalt dan weer – slordig – dat art. 24.1-24.4 AB voor andere zekerheden gelden ‘voor zover van toepassing’. Bedoeld is natuurlijk dat de genoemde artikelen van overeenkomstige toepassing zijn indien partijen een andere vorm van zekerheid zijn overeengekomen.

10.3 Aan het slot van art. 24.1 AB is terecht – aansluitend op recente lagere rechtspraak⁵⁶ – bepaald dat de bankgarantie (dan wel waarborgsom) ‘dient te gelden voor de rechtsoptvolger(s) van verhuurder’. Opvallend in verband met dit artikel is dat in het model geen bepaling is opgenomen zoals die in het uit 2012 stammende model voor 290-bedrijfsruimte wel is vervat in art. 24 AB. Daarin is bepaald dat de huurder gehouden is om verhuurder alle kosten te vergoeden die het gevolg zijn van een tussentijdse beëindiging van de huurovereenkomst, daaronder gerekend de huur voor de resterende huurtermijn (bijvoorbeeld in geval van faillissement van de huurder).

10.4 Weliswaar zijn de mogelijkheden voor het verhaal van leegstandschade in faillissement van de huurder de laatste jaren aanmerkelijk beperkt, maar (juist) met de juiste contractuele voorwaarden is het ook na het arrest *Romania*⁵⁷ nog zeer wel mogelijk om leegstandschade op basis van een bankgarantie te innen: alleen indien door het innen van de bankgarantie de leegstandschade per saldo voor rekening van de boedel komt, zal de curator de aan de verhuurder uitgekeerde gelden kunnen opeisen.⁵⁸ Door contractueel vast te leggen dat de garant in faillissement geen regres zal nemen op de boedel, valt dit risico uit te sluiten.⁵⁹

11. Kostenverhaal

11.1 Art. 28.1 AB bevat een regeling voor de kosten van sommaties, ingebrekestellingen en explosten of in geval van procedures om tot nakoming of ontruiming te dwingen. Ook hier betreft het een redactioneel slordig aangepast artikel: in plaats van te kiezen voor een duidelijk uitgeschreven en op de specifieke posities en soorten vorderingen van huurder en verhuurder afgestemde regels op te schrijven, heeft de ROZ ervoor gekozen simpelweg in iedere zin te spreken van (ver)huurder. Zo wordt minst genomen onhandig beschreven dat de tekortschietende partij verplicht is alle daarvoor gemaakte kosten van de andere partij te voldoen. Vervolgens worden de gemaakte *redelijke* kosten (blijkbaar is toch niet bedoeld ‘alle daarvoor gemaakte kosten’, maar ‘alle daarvoor gemaakte redelijke kosten’) bij voorbaat bepaald op 15% over de hoofdsom met een maximum van € 25.000,00 per geval exclusief de griffierechten. Wat de redelijke kosten zijn in het geval van een vordering tot nakoming (door de huurder) of ontruiming (door de ver-

huurder) blijft onduidelijk: kennelijk is de bepaling toch meer bedoeld voor het geval dat de verhuurder de huurder tot betaling moet dwingen. Waar in de eerste zin nog de proceskosten worden uitgesloten van de werkelijke kosten, wordt in de derde zin weer bepaald dat alle kosten van ‘experts (advocaten, deurwaarders etc.)’ vergoed worden door de in het ongelijk gestelde partij. Als klap op de vuurpijl ‘verduidelijkt’ de volgende zin dat de leden 4 en 6 van art. 6:96 BW buiten werking worden gesteld – artikelleden die zien op de *buitengerechtigde* kosten. Het artikellid dat verwijst naar het Besluit buitengerechtigde incassokosten, lid 5, wordt om onduidelijke redenen niet genoemd, hoewel uit de tekst van art. 28 AB wel blijkt dat het de bedoeling moet zijn geweest om juist dat artikellid uit te sluiten: ‘waaronder uitdrukkelijk begrepen de verwijzing naar het maximaal te vergoeden bedrag aan buitengerechtigde kosten’.

11.2 Wat moeten we hier nou van maken? Dat wordt afgeweken van de staffel buitengerechtigde incassokosten is wel min of meer duidelijk; tussen professionele partijen is dat goed mogelijk. Art. 242 Rv biedt de rechter wel de bevoegdheid om de op basis van dit soort afspraken verschuldigde bedragen te matigen, maar alleen voor zover het gaat om proceskosten. Of het artikel ook ziet op proceskosten, blijft toch echt onduidelijk. Het verdient aanbeveling om de toepasselijkheid van dit artikel uit te sluiten en in de bijzondere bepalingen van de huurovereenkomst een betere regeling op te nemen.

12. Kosten van leveringen en diensten (servicekosten)

12.1 Het ROZ-model kent een uitvoerige regeling voor servicekosten aan de hand van een stelsel van voorschotbetalingen met verrekening achteraf. Uit art. 18.3 AB is af te leiden dat de verhuurder in beginsel niet meer dan de kostprijs mag doorberekenen, vermeerderd met administratiekosten. De toelichting bij het model bevestigt dat. Welke leveringen en diensten de verhuurder zal verrichten, wordt in art. 5 van de huurovereenkomst bepaald.

12.2 In § 3.1. van de handleiding staat op pagina 4 onderaan dat in art. 1.6 van de huurovereenkomst (thans) een bepaling is opgenomen waarin wordt bepaald dat onder- of overmaat geen gevolgen heeft voor de huurprijs. Daar wordt vervolgens aan toegevoegd dat de hoogte van het voorschot leveringen en diensten echter wel door dit soort afwijkingen wordt beïnvloed. En inderdaad, dat is een bekend euvel van de voorschotregeling, tenminste indien wordt verhuurd op basis van aantallen m² en in de huurovereenkomst inderdaad een koppeling is gelegd tussen de hoogte van het voorschot en het aantal m². Maar die koppeling wordt in de huurovereenkomst en in de algemene bepalingen niet gelegd. Er staat nergens dat de hoogte van het voorschot of de uiteindelijke afrekening van de servicekosten op enige wijze is gerelateerd aan het verhuurde vloeroppervlak. Dat doet sterk af aan de waarde van de in art. 18.3 AB opgenomen regeling die bepaalt dat de verhuurder bij complexgewijze

56 Rechtsbank Amsterdam 3 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6153, WR 2015/61.

57 HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244.

58 Een voorbeeld waarin het hof oordeelde dat de vordering door de contractgarantie per saldo ten laste van de boedel kwam, is te zien in Hof Amsterdam 2 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2101.

59 Zie hierover ook hierna, alinea 17.5.

verhuur het redelijkerwijs voor rekening van de huurder komende aandeel in de kosten van de leveringen en diensten vaststelt. Want waarop wordt de vaststelling van dat redelijkerwijs voor rekening van de huurder komende deel gebaseerd? Dat kan op basis van vloeroppervlak, maar dat kan ook op basis van andere factoren plaatsvinden, bijvoorbeeld op basis van gebruiksfunctie of (bijvoorbeeld) milieubelasting. Het was beter geweest indien de ROZ daar duidelijker over was geweest door aan art. 18.3 AB toe te voegen, om willekeur te voorkomen, op basis van welke concrete factor die vaststelling door de verhuurder plaatsvindt.

12.3 In art. 18.7 AB wordt – in strijd met die ogenschijnlijk limitatieve opsomming – aan de verhuurder het recht toegekend om de leveringen en diensten naar soort en omvang te wijzigen. Weliswaar staat in de bepaling dat de verhuurder dat pas ‘na overleg met huurder’ mag doen, maar een overleg is natuurlijk snel gevoerd. De Rechtbank Groningen⁶⁰ maakte korte metten met een geval waarin de verhuurder het servicepakket uitbreidt – merkwaardig genoeg, zo lijkt het, zonder een beroep te doen op (het equivalent van) art. 18.7 AB:

“Anders dan Redevco meent kan – in het licht van het zogeheten Haviltex-criterium – onder te verzorgen leveringen en diensten bezwaarlijk worden verstaan een min of meer open norm in het kader waarvan het de verhuurder vrij staat om eenzijdig invulling te geven aan wat te verzorgen leveringen en diensten zijn. De kantonrechter vindt mede steun voor zijn oordeel in de artikelen 16.2 en 16.3 van de algemene bepalingen waarin de kenmerkende bedoeling van partijen tot uitdrukking wordt gebracht dat aan additionele leveringen en diensten een afzonderlijke overeenkomst ten grondslag dient te liggen.”

12.4 Opvallend is dat het model voor winkelruimte uit 2012 een bepaling als art. 18.7 AB niet kent, terwijl een vergelijkbare bepaling juist wel was opgenomen in het model voor winkelruimte uit 2008 (art. 21.7 AB).

12.5 De verhuurder stelt de door de huurder verschuldigde vergoeding voor servicekosten vast. Kosten voor leveringen en diensten met gemeenschappelijk nut voor meerdere gebruikers worden verdeeld op basis van wat naar het oordeel van de verhuurder het redelijkerwijs voor rekening van de huurder komende aandeel is. Voor het opstellen van een overzicht staat een termijn van 12 maanden; na het einde van de huur geldt een termijn van 14 maanden. Geen van beide is een vervaltermijn, zo werd al beslist onder de formulering in het model uit 2003.⁶¹ Art. 16.4 AB bij dat model bepaalde:

“Verhuurder verstrekt huurder over elk jaar een rubrieksgewijs overzicht van de kosten van leveringen en diensten (...)”

12.6 Het nieuwe art. 18.4 AB bepaalt:

“Na afloop van het servicekostenjaar verstrekt verhuurder aan huurder binnen 12 maanden na afloop van het jaar over elk jaar een rubrieksgewijs overzicht van de kosten (...). Uitgangspunt is dat verhuurder het rubrieksgewijs overzicht binnen 12 maanden na afloop van het jaar verstrekt. Indien verhuurder niet in staat is dit overzicht tijdig te verstrekken zal verhuurder dit met redenen omkleed aan huurder meedelen (...)”

12.7 Art. 16.5 AB van het model 2003 bepaalde ongeveer hetzelfde als het huidige art. 18.5 AB:

“16.5 Na het einde van de huur wordt een overzicht verstrekt over de periode waarover dit nog niet was geschied. Verstrekking van dit laatste overzicht vindt plaats na verloop van maximaal 14 maanden gerekend vanaf het tijdstip waarop het vorige overzicht werd verstrekt (...)”

“18.5 Na het einde van de huur wordt een overzicht verstrekt over de periode waarover dit nog niet was geschied. Verstrekking van dit laatste overzicht vindt plaats na verloop van maximaal 12 maanden na afloop van het jaar waarop de servicekosten betrekking hebben tenzij verhuurder niet in staat is dit overzicht te verstrekken (...)”

12.8 In een uitspraak van 1 september 2011 oordeelde de kantonrechter te Haarlem dat de verhuurder het recht om nakoming af te dwingen had verwerkt omdat op de weigering om de (veel te laat verstrekte) servicekostenafrekening over 2005 te betalen, twee jaar lang niet was gereageerd. Maar, oordeelde de rechtbank:

“Dit geldt niet voor de eindafrekeningen over 2006 tot en met 2009. Van belang is dat van een uitdrukkelijke noch stilzwijgende wilsverklaring, gericht op rechtsverwerking is gebleken. Het enkele feit dat verhuurster de eindafrekeningen over die jaren niet binnen 14 maanden na de toezending van de factuur over 2005 aan huurster heeft verstrekt, is onvoldoende om gerechtvaardigd te vertrouwen dat verhuurster geen aanspraak meer zou maken op betaling.”⁶²

12.9 Art. 18.4 en 18.5 AB wekken enerzijds de indruk dat van een strakke termijn sprake is, maar binnen het bestek van het artikel wordt die stelligheid ook weer afgezwakt. Het ligt voor de hand dat een rechter op basis van de nieuwe

60 Rechtbank Groningen 13 april 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ2464, WR 2011/103 (met kritische noot van J.M. Heikens).

61 Rechtbank Haarlem 1 september 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BT2014, WR 2012/11, hierna besproken.

62 Rechtbank Haarlem 1 september 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BT2014, WR 2012/11.

tekst van de artikelen niet tot een ander oordeel komt dan de kantonrechter te Haarlem.

12.10 Het niet naleven van de verplichting om jaarlijks een overzicht te verstrekken kan evengoed consequenties hebben: in een zaak voor de toenmalige Rechtbank Arnhem matigde de rechtbank de boete wegens te late betaling van de servicekosten tot nihil, omdat de verhuurder zelf in de hand heeft gewerkt dat discussie ontstond over de hoogte daarvan:

“Door deze handelwijze is Palazzo in een nadeliger positie gebracht, omdat het voor haar thans moeilijk, zo niet onmogelijk is, om na te gaan of de kosten terecht in rekening zijn gebracht en daarover eventueel een vruchtbare discussie te voeren met Rijn en IJssel. (...) Door pas jaren later een eindafrekening op te stellen heeft Rijn en IJssel het over zich afgeroepen dat er daarover een discussie zou ontstaan. Toewijzing van deze gevorderde boete zou naar het oordeel leiden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat.”⁶³

12.11 Sinds de wijziging van het model hebben verhuurders een extra reden om tijdig een overzicht te verstrekken, namelijk de laatste zin van art. 18.4 AB: daarin wordt vastgesteld dat de verjaringstermijn aanvangt na afloop van het jaar waarop de servicekosten betrekking hebben. In het hierboven aangehaalde vonnis van de Rechtbank Haarlem werd dat standpunt bepleit door de huurder, maar verworpen door de rechtbank: die oordeelde dat de opeisbaarheid (en daarmee de aanvang van de verjaringstermijn) pas intrad 1 maand na verstrekking van het overzicht. Overigens laat de formulering van art. 18.4 AB sterk aan duidelijkheid te wensen over. Er staat niet meer dan dat de wettelijke verjaringstermijn aanvangt na afloop van het jaar waarop de servicekosten betrekking hebben. Welke verjaringstermijn? Met betrekking tot welke vordering? Gaat het om de vordering van de verhuurder om nabetaling te verlangen op basis van zijn overzicht? Of toch om de vordering van de huurder om het te veel betaalde terug te verlangen? Misschien doelt de ROZ wel op het recht van de huurder om een overzicht op te eisen.

12.12 Hoe dan ook: naast verjaring kan er bij groot tijdsverloop ook nog sprake zijn van rechtsverwerking. Huurders verwerken niet zomaar hun recht om zich op de onjuistheid van de servicekostenafrekening te beroepen wanneer zij de servicekostenafrekening betalen. Zulke betalingen kunnen volgens de Rechtbank Rotterdam niet het vertrouwen hebben gewekt dat de huurders hun protest zouden prijsgeven, aangezien de huurders op grond van de algemene bepalingen juist verplicht zijn om te betalen ook al is er sprake van meningsverschil over de afrekening.⁶⁴

12.13 Het overzicht moet voldoende gespecificeerd zijn en de wijze van berekening vermelden. Het wordt wel aangenomen dat de verhuurder gehouden is om meer inspanningen te leveren dan alleen het ter beschikking stellen van zo'n overzicht: hij zal de huurder daadwerkelijk in staat moeten stellen om de juistheid van de in rekening gebrachte vergoeding te verifiëren. Daartoe zal de verhuurder onder omstandigheden inzage moeten geven in de achterliggende administratie⁶⁵ en op de administratie en berekeningswijze waar nodig een toelichting moeten geven.⁶⁶

12.14 De verhuurder is op grond van art. 18.8 AB gerechtigd om het voorschot tussentijds aan te passen. Uit de rechtspraak blijkt dat hij daartoe ook gehouden kan zijn: in een zaak waarin het voorschot van € 15,00 per m² vier jaar lang ongewijzigd bleef, bleek na verstrekking van overzichten dat de werkelijke kosten per m² varieerden van € 35 tot € 49 per m². De huurder deed met succes een beroep op vernietiging wegens dwaling, omdat de verhuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst een verkeerde indruk had gewekt over de hoogte van de te verwachten kosten.⁶⁷ Evenzeer is de verhuurder gehouden om tijdens de huur in de gaten te houden of de aangeboden leveringen en diensten wel aansluiten bij de behoeften van de huurder(s).⁶⁸

13. Onderhoudsverdeling

13.1 Evenals voorgaande edities bevat het model een uitvoerige opsomming van onderhoudspunten en een verdeling van die onderhoudsverplichting per onderdeel. Nieuw is de begripsomschrijving in art. 11.1 AB, waarin de termen onderhoud, herstel en vernieuwing een even heldere als nuttige definitie toegedeeld krijgen.

- onderhoud: het ervoor zorgdragen dat een zaak in een goede toestand blijft, althans in de staat blijft zoals die bij de ingangsdatum van de huurovereenkomst bestond, behoudens normale slijtage;
- herstel: het terugbrengen dan wel vervangen van een zaak in een staat die het mogelijk maakt dat deze zaak weer kan worden gebruikt zoals bij ingangsdatum van de huurovereenkomst;
- vernieuwing: het vervangen van een zaak als gevolg van het bereiken van het einde van de technische levensduur van die zaak.”

13.2 Hoewel het voorstelbaar is dat daaraan behoefte bestaat, lijken deze definities geen uitsluitel te geven waar de grens ligt tussen bijvoorbeeld herstel van een balk en vernieuwing van diezelfde balk. Is de balk aan het einde van de technische levensduur of moet hij worden vervangen zo-

63 Rechtbank Arnhem 8 oktober 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY1683.

64 Rechtbank Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7492, WR 2013/127.

65 Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY9973.

66 Rechtbank Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7492, WR 2013/127.

67 Rechtbank Amsterdam 8 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY5795, WR 2013/34 (m.nt. J.M. Winter-Bossink).

68 Rechtbank Amsterdam 2 december 2011, WR 2012/85, Rechtbank Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7492, WR 2013/127.

dat de balk weer kan worden gebruikt zoals bij de ingangsdatum van de huurovereenkomst?

13.3 De relevantie van het onderscheid vervaagt bij de uitwerking van de onderhoudsverdeling. Art. 11.4 en 11.5 AB zijn immers in samenhang met art. 11.2 AB zo opgezet dat per saldo alle onderhoud voor rekening van de huurder komt, behalve de limitatief opgesomde onderhoudsverplichtingen van de verhuurder. De verplichtingen van de verhuurder worden in twee van de vier gevallen omschreven als “onderhoud, herstel en vernieuwing van...”; wanneer het over de installaties gaat laat het model de zorgvuldig gedefinieerde terminologie bijna volledig varen (“vervanging van onderdelen en vernieuwing van...”) en wat de verhuurder met buitenschilderwerk moet doen is niet toegelicht.

13.4 In het artikellid over de verplichtingen van de huurder (onder de letters a-k) staan – niet limitatief – tal van werkzaamheden omschreven, wisselend omschreven als “onderhoud, herstel en vernieuwing”, “onderhoud en herstel” en dan weer als “periodiek en correctief onderhoud”. Ook in deze toepassing is het gebruik van de eerder gedefinieerde terminologie niet van toegevoegde waarde, aangezien art. 11.5 AB uitdrukkelijk slechts geldt “ter verduidelijking dan wel in afwijking of in aanvulling op art. 11.2”, dat bepaalt dat alleen de onderhoudsverplichting van de verhuurder limitatief opgesomd wordt.

13.5 Een voorbeeld van de (onverkorte) toepassing van dat uitgangspunt is te zien in het recente arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden in de zaak tussen de eigenaar en de exploitant van het Arnhemse stadion Gelredome:⁶⁹ de verlichtingsarmaturen bleken niet meer te voldoen aan de door UEFA gestelde eisen. De huurder had met uiteenlopende argumenten betoogd dat de AB niet onverkort konden worden toegepast op dit bijzondere gebouw, maar het hof combineerde het hierboven genoemde uitgangspunt van art. 11.2 AB met de specifieke vermelding ter verduidelijking dan wel afwijking of aanvulling dat onder huurdersonderhoud ook de vervanging van verlichting en armaturen valt en oordeelde dat de betreffende onderhoudskosten voor rekening van de huurder kwamen.

14. De ingangsdatum van de huurovereenkomst

14.1 In veruit de meeste gevallen zal de datum waarop de huurovereenkomst ingaat niet dezelfde zijn als de datum waarop de huurovereenkomst wordt aangegaan. Die laatste datum is blijkens de tekst van de wet bepalend als ijkmoment voor de aanwezigheid van verborgen gebreken in de zin van art. 7:208 en 7:209 BW, en ondanks de mogelijkheid dat zich tussen die beide momenten een bepaalde tijdsperiode bevindt, wordt in de rechtspraak niet zelden aangenomen dat de ingangsdatum van de huur gelijk moet worden

gesteld met de datum waarop de huurovereenkomst wordt aangegaan.⁷⁰ Ook in de algemene bepalingen wordt onderscheid gemaakt tussen beide tijdstippen, maar het lijkt er niet op dat dat bewust is gebeurd of dat daar een bedoeling achter zit. Zo wordt in art. 3.1 AB verwezen naar de staat waarin het gehuurde zich *bij* aanvang van de huur bevindt. Omdat hier bedoeld wordt op het moment van oplevering door de verhuurder en de inspectie van het gehuurde, mag worden aangenomen dat hier inderdaad bedoeld wordt de datum van ingang van de huur. Dat is wat ongelukkig. Het was beter geweest indien er had gestaan dat de staat van het gehuurde *voor* aanvang van de huurovereenkomst door partijen wordt geïnspecteerd, of beter nog, voor het *aangaan* van de huur. Dat geeft hen immers de mogelijkheid om nog afspraken te maken over de op dat moment geconstateerde gebreken en het voorkomt situaties waarbij partijen bij nader inzien moeten vaststellen dat het gehuurde niet aan de overeenkomst voldoet. Art. 2.3 AB doet het wat dat betreft beter door te stipuleren dat de huurder zijn onderzoek naar de geschiktheid van het gehuurde in verband met de overeengekomen bestemming (hetgeen niet hetzelfde hoeft te zijn als het onderzoek naar de staat van het gehuurde) dient uit te voeren *voor* het aangaan van de huurovereenkomst.

14.2 Ook in art. 10.4 eerste aandachtsstreepje komt het onderscheid tussen beide tijdstippen weer aan de orde. Daar is de verhuurder aansprakelijk indien hij bij het aangaan van de huurovereenkomst een gebrek kende en met de huurder daaromtrent geen nadere afspraken heeft gemaakt. Op grond van de letterlijke tekst van art. 7:208 BW is inderdaad het moment van aangaan van de huurovereenkomst bepalend voor de wetenschap van de verhuurder, maar zoals uit de hierboven aangehaalde rechtspraak en het artikel van Van Heeren (t.a.p.) blijkt, wordt daar soepel mee omgegaan. Dit kan betekenen dat de situatie waarbij de verhuurder die bij het aangaan van de huurovereenkomst van een bepaald gebrek niet op de hoogte was, maar dat gebrek nadien alsnog heeft opgemerkt en daarover met de huurder in de tussentijd geen afspraken heeft gemaakt, in sommige gevallen gelijkgesteld kan worden met de situatie waarin hij het gebrek bij het aangaan van de huurovereenkomst al wel kende. In dat geval is het niet meer relevant of het gebrek de verhuurder kan worden toegerekend en komt de verhuurder dus geen beroep meer toe op de uitzonderingsbepaling in het derde aandachtsstreepje van art. 10.4 AB.⁷¹

14.3 Evenals de versie 2003 kent het model 2015 een specifieke bepaling met betrekking tot de niet-tijdige beschikbaarheid van het gehuurde, art. 26 AB. Dit is altijd een wat moeizame bepaling geweest. De verplichting om het gehuurde aan de huurder in gebruik te geven is een kern-

⁶⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 10 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:860, *TvHB* 2015/8.

⁷⁰ Zie Rechtbank Amsterdam 6 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA0559 en het artikel van Van Heeren, Art. 7:209 BW en nieuwbouwsituaties. Wanneer had de verhuurder een gebrek behoren te kennen?, *TvHB* 2014, afl. 5, pag. 287-290.

⁷¹ “10.4 (...) – indien het gehuurde op de ingangsdatum als bedoeld in art. 3.1 van de huurovereenkomst niet geschikt blijkt te zijn voor het gebruik als bedoeld in art. 1.1 van de huurovereenkomst door aan Verhuurder toe te rekenen omstandigheden;”

verplichting van de verhuurder. In art. 3.1 van de huurovereenkomst is die verplichting gekoppeld aan een concrete datum. Tenzij partijen uitdrukkelijk anders zijn overeengekomen betreft het een fatale termijn, dus de verhuurder is van rechtswege in verzuim op het moment dat hij het gehuurde niet tijdig beschikbaar heeft (art. 6:83 onder a BW). Art. 26.1 AB beschrijft de situatie dat het gehuurde niet op de overeengekomen datum beschikbaar is als gevolg van een drietal specifiek opgesomde omstandigheden: (1) het gehuurde is niet tijdig gereed gekomen; (2) de vorige gebruiker heeft het gehuurde niet tijdig ontruimd; of (3) de verhuurder heeft zijn vergunningen nog niet rond. In dat geval, zo bepaalt art. 26.1 AB, schuiven de verplichtingen van de verhuurder en de overeengekomen termijnen dienovereenkomstig op.

14.4 Maar wat is het gevolg van het opschuiven van de termijnen? Betekent het dat de huurder de verhuurder tijdelijk niet tot nakoming van zijn verplichtingen kan dwingen? Betekent het ook dat er bij vertraging in de oplevering geen sprake is van een tekortkoming (lees: verzuim) van de zijde van de verhuurder? In art. 26 AB wordt dat nergens met zoveel woorden gezegd. Sterker nog, art. 26.2 AB suggereert dat de vertraging, ondanks het verschuiven van de termijnen, toch kan worden aangemerkt als een tekortkoming, voor de gevolgen waarvan de verhuurder aansprakelijk is, indien hem die tekortkoming kan worden toegerekend.⁷² Maar wat is dan de betekenis van de in art. 26.1 AB opgesomde omstandigheden? Het zijn geen van alle omstandigheden die op zichzelf overmacht kunnen opleveren. Niet zelden zal juist het feit dat het gehuurde niet tijdig gereed is gekomen het gevolg zijn van een toerekenbare tekortkoming van de verhuurder, althans zal die tekortkoming krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor risico van de verhuurder komen.

14.5 Zou over het karakter van de in art. 3.1 genoemde ingangsdatum en de gevolgen daarvan bij het intreden van de in art. 26.1 AB opgesomde omstandigheden al twijfel bestaan, dan kan die twijfel door de huurder worden weggenomen door de verhuurder een redelijke termijn te stellen (art. 6:82 lid 1 BW). Wordt die termijn overschreden dan staat de tekortkoming (lees: het verzuim) van de verhuurder in iedere geval vast met alle rechtsgevolgen van dien.⁷³

14.6 Art. 26.4 AB beoogt het de huurder vrijwel onmogelijk te maken om de huurovereenkomst te ontbinden. Daaraan wordt namelijk de voorwaarde gesteld dat te late oplevering veroorzaakt is door een *toerekenbare* ernstige tekortkoming van de verhuurder (hetgeen opmerkelijk is

aangezien toerekenbaarheid geen vereiste is voor ontbinding). Bovendien zou het op grond van de redelijkheid en billijkheid voor de huurder onaanvaardbaar moeten zijn dat de huurovereenkomst ongewijzigd in stand blijft. Als laatste voorwaarde is vermeld dat de verhuurder niet tegemoetkomt aan de gerechtvaardigde belangen van de huurder. Daarmee wordt de drempel voor de huurder om zich van de huurovereenkomst te ontdoen wel erg hoog. Zou het niet evenwichtiger zijn het recht op ontbinding van de huurovereenkomst op grond van tekortschieten van de verhuurder in zijn verplichting tot het tijdig ter beschikking stellen van het gehuurde 'gewoon' uit te sluiten, om het vervolgens aan de rechter over te laten om te beslissen of een beroep van de verhuurder op die bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is?

15. Domiciliekeuze

15.1 Art. 31.3 AB bleef ongewijzigd: wanneer de huurder het gehuurde verlaat zonder opgave van een nieuw domicilie aan verhuurder, geldt het adres van het gehuurde als domicilie van huurder. Een handige bepaling omdat die de verhuurder de mogelijkheid biedt om een huurder altijd op dat adres te kunnen dagvaarden, ook als achteraf blijkt dat de huurder inmiddels met de noorderzon is vertrokken. Niet zelden zal het gebeuren dat de verhuurder op het moment van dagvaarden al van het vertrek van de huurder op de hoogte is en dus kan weten dat de huurder geen kennis zal nemen van de inhoud van de dagvaarding. De Kantonrechter Eindhoven⁷⁴ kreeg daar lucht van in een aan hem door de verhuurder voorgelegde zaak met betrekking tot een woning en zag hierin aanleiding om van de verhuurder te verlangen meer voorzichtigheid in acht te nemen – ondanks een met art. 31.3 AB vergelijkbaar woonplaatsbeding in de huurovereenkomst. De kantonrechter oordeelde dat het beding te algemeen was geformuleerd en bepaalde dat alleen geldig kon worden betekend indien voldaan werd aan de voorschriften van art. 54 lid 2 Rv. Dientengevolge moest de dagvaarding aan het adres van het parket worden betekend met bekendmaking in een landelijk dagblad en – wellicht nog het meest bezwaarlijk – met in acht neming van een dagvaardingstermijn van drie maanden. Daarmee is het woonplaatsbeding weliswaar niet geheel op losse schroeven komen te staan, maar voorzichtigheid is geboden – ook bij dagvaarding van een met de noorderzon vertrokken huurder van 230a-bedrijfsruimte. Zonder al te veel op de details in te gaan (zie de noot van Heikens onder de uitspraak, t.a.p.) kunnen dergelijke perikelen, althans met betrekking tot een vordering tot ontruiming van het gehuurde, worden voorkomen door het woonplaatsbeding scherper te formuleren, bijvoorbeeld op de volgende manier:

“Voor het geval huurder het gehuurde verlaat zonder opgave van een nieuw domicilie aan de verhuurder, zal het adres van het gehuurde met uitdrukkelijk goedvin-

72 Dat wordt in wezen bevestigd door het derde aandachtstreepje van art. 10.4 AB: “10.4 (...) – indien het gehuurde op de ingangsdatum als bedoeld in art. 3.1 van de huurovereenkomst niet geschikt blijkt te zijn voor het gebruik als bedoeld in art. 1.1 van de huurovereenkomst door aan Verhuurder toe te rekenen omstandigheden;”

73 Zie voor een uitvoerige en zeer instructieve beschouwing over dit onderwerp het nog altijd richting gevende artikel van C.A. Streefkerk, Ingebrekstelling en verzuim bij wanprestatie. Een kritische beschouwing van wetgeving en rechtspraak, *NTBR* 2004, 2 p. 1-32.

74 Rechtbank Oost-Brabant 4 november 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:6618, *WR* 2015/38, m.nt. J.M. Heikens.

den van huurder als zijn woonplaats worden aangemerkt voor het geval de verhuurder uit hoofde van de huurovereenkomst een vordering tot ontruiming en/of ontbinding tegen de huurder wil instellen.”

Het verschil zit hem erin dat daarmee wordt voldaan aan het vereiste dat de huurder, ook als hij geen gebruik meer maakt van de bedrijfsruimte voor deze zaak (te weten de zaak waarin tegen hem een vordering tot ontruiming en/of ontbinding wordt ingesteld) woonplaats heeft gekozen in het gehuurde zodat het beding beter aansluit bij art. 115 lid 3 Rv.⁷⁵

16. De handleiding

16.1 In § 1.1, 2e alinea wordt opgemerkt dat partijen bij overeenkomst van de algemene wettelijke bepalingen mogen afwijken. Daar wordt aan toegevoegd dat voor de verhuur van bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230a BW alleen art. 7:230a BW zelf een specifieke dwingendrechtelijke bepaling bevat. Dat is niet correct, want ook op de huur en verhuur van gebouwde onroerende zaken in de zin van art. 7:230a BW is het dwingend recht van de eerste vier afdelingen van Titel 7.4 BW van toepassing. Zo bepaalt art. 7:231 BW dat ontbinding van de huurovereenkomst op grond dat de huurder is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen slechts kan geschieden door de rechter, behoudens enkele uitzonderingsgevallen. De bepaling is van semi-dwingend recht, daarvan kan krachtens art. 7:231 lid 3 BW niet ten nadele van de huurder worden afgeweken. Men zou door deze opmerking op het verkeerde been kunnen worden gezet. Neemt men bijvoorbeeld in de huurovereenkomst een bijzonder bepaling op dat indien de huurder zijn huurverplichtingen niet nakomt, de huurovereenkomst automatisch buitengerechtelijk kan worden ontbonden, dan is die bepaling dus vernietigbaar.⁷⁶

16.2 Hetzelfde geldt voor art. 7:226 BW. Dat is ook bij huur en verhuur van 230a-bedrijfsruimte van dwingend recht (dus niet semi-dwingend). Een met art. 7:226 BW strijdig beding is altijd vernietigbaar. Het wetsartikel schrijft voor dat overdracht van het gehuurde door de verhuurder de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst die na die overdracht opeisbaar worden, doet overgaan op de verkrijger. Anders gezegd: koop breekt geen huur. Hiervan

kan niet worden afgeweken – behalve als het de verhuur betreft van ongebouwde onroerende zaken.⁷⁷

16.3 In § 2.2 onder c geeft de handleiding een beschouwing over de renovatieregeling. Hier wordt vermeld dat in het ROZ-model een van de wet afwijkende renovatieregeling is opgenomen. Zoals in het artikel van Heikens in 2008 al werd opgemerkt is dat een understatement. Door art. 7:220 lid 1, 2 en 3 BW buiten toepassing te verklaren wordt in art. 13.4 AB de kern uit de renovatieregeling gesneden. Wat resteert is dat de huurder de renovatie op grond van de tweede volzin van art. 13.4 AB sowieso moet gedogen. Weliswaar bepaalt art. 13.1 AB dat de verhuurder een redelijk voorstel zal doen, maar dat is een lege huls, aangezien de huurder zich op grond van de letterlijke tekst van art. 13.2 AB ook aan de wensen van de verhuurder moet onderwerpen wanneer het voorstel niet redelijk blijkt te zijn. Of is dat niet wat de ROZ bedoelt? Het staat er in elk geval niet, dus wellicht is het de bedoeling geweest om het aan de redelijkheid en billijkheid over te laten wat de consequenties zijn als partijen in onderling overleg niet tot overeenstemming kunnen komen en tussenkomst van de rechter is vereist. In de kern laat zich natuurlijk de vraag stellen waarom de op zich prima uitgebalanceerde wettelijke regeling van art. 7:220 BW overboord moest worden gezet. De ROZ had kunnen volstaan met de melding dat wanneer de AB op de huurovereenkomst van toepassing zijn, het in art. 7:220 lid 3 BW genoemde percentage van 70% wordt verlaagd tot 51% van de huurders, welke huurders tezamen tenminste 70% van het aantal m² bvo inclusief leegstand moeten vertegenwoordigen. Kortom, de ROZ maakt dit onnodig ingewikkeld. Als het doel is de renovatiebepaling ten gunste van de verhuurder wat op te rekken, dan was het nuttiger geweest in art. 13.3 AB te vermelden dat onder renovatie behalve gedeeltelijke sloop, vervangende nieuwbouw, toevoegingen en veranderingen ook verplaatsing van het gehuurde wordt verstaan naar een vergelijkbare locatie, al dan niet in de directe omgeving van het oorspronkelijke gehuurde. Dat voorkomt heel wat problemen bij renovaties van winkelcentra of andere grotere complexen.

17. Wat staat er niet in het model?

17.1 Tot nu toe bespraken wij alleen de bepalingen van het model, maar niet de bepalingen die het model goed zou kunnen gebruiken. Ook buiten het huurrecht hebben zich enkele ontwikkelingen voorgedaan die voor huurders en verhuurders relevant zijn.

75 “Indien de gedaagde in Nederland geen bekende woonplaats of bekend werkelijk verblijf heeft, is de termijn van dagvaarding (...) ten minste een week, indien het exploit in Nederland wordt gedaan aan de gedaagde in persoon, dan wel aan een door de gedaagde voor deze zaak gekozen woonplaats.”

76 Als huurder zij men er dan op bedacht dat het recht om die vernietigbaarheid in te roepen onderworpen kan zijn aan een verjaringstermijn van drie jaar, zie over dit onderwerp onder meer Rechtbank Zeeland-West-Brabant 18 februari 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:882, WR 2015/85, m.nt. J.C.W. Rang.

77 Wil men een perceel grond verhuren in het vooruitzicht dat dit op enig moment aan een derde zal worden verkocht die het perceel in onverhuurde staat zal willen afnemen, dan staat niets de verhuurder in de weg om te bedingen dat bij overdracht de rechten en verplichtingen uit die huurovereenkomst niet mee overgaan op de verkrijger. Er zijn ook varianten denkbaar, bijvoorbeeld door in de huurovereenkomst op te nemen dat bij overdracht bepaalde onderdelen van de huurovereenkomst wel en andere niet mee overgaan op de nieuwe verhuurder. Maar zoals gezegd geldt dat alleen voor ongebouwde (on)roerende zaken.

Controle op hennep-teelt

17.2 Sinds de Opiumwet per 1 maart 2015 gewijzigd is, zijn alle betrokkenen in de productieketen van de hennep-teelt potentieel onderwerp van strafvervolging. Weliswaar heeft de wetgever niet bedoeld voor alle gevallen een onderzoeksplicht in het leven te roepen, maar uit de wetsgeschiedenis blijkt wel dat in grensgevallen wel degelijk een onderzoeksplicht kan bestaan.⁷⁸ Het risico van strafvervolging is groter naarmate de verhuurder een sterker vermoeden moest hebben dat het gehuurde gebruikt werd voor strafbare feiten en hij minder deed om dat tegen te gaan. Ook ten opzichte van de overheid⁷⁹ of andere civiele partijen⁸⁰ kan een aansprakelijkheid van de verhuurder bestaan voor de gevolgen van een hennepkwekerij. In alle gevallen blijkt – kort gezegd – dat een verdergaande mate van controle de kans op en omvang van aansprakelijkheid beperkt.

17.3 Het gaat te ver om daar binnen het bestek van dit artikel uitvoerig over uit te weiden, maar het kan – juist voor verhuurders van 230a-ruimte – nuttig zijn om daarop in te spelen door te bedingen dat de huurder periodieke controles moet toestaan of zelfs dat de verhuurder het gehuurde periodiek zelf mag betreden voor zo'n controle. Overigens valt er veel voor te zeggen om juist in een model zo'n bepaling niet standaard op te nemen: het wel bedingen maar niet uitvoeren van een controlerecht kan averechts werken en de verhuurder juist met meer in plaats van minder aansprakelijkheid opzadelen.

Warmtewet en warmteleveringsovereenkomst

17.4 In alle gevallen waarin de huurder niet zelfstandig warm water opwekt, maar warm water voor verwarming of warm tapwater van de verhuurder afneemt, kan de Warmtewet van toepassing zijn. De Warmtewet verplicht de leverancier (dat kan dus de verhuurder zijn) om met de afnemer (de huurder) een warmteleveringsovereenkomst aan te gaan. Die overeenkomst moet enkele voorschriften bevatten, waaronder de bevoegdheid van een geschillencommissie. Hoewel er anderhalf jaar na inwerkingtreding nog veel onduidelijk is over de Warmtewet (en de minister zelfs een volledige herziening van de moloch heeft aangekondigd) zou het voor verhuurders uiterst praktisch zijn om *ofwel* die voorgeschreven bepalingen voorwaardelijk in de AB op te nemen, *ofwel* de huurder te verplichten om zo nodig een zelfstandige warmteleveringsovereenkomst met de verhuurder aan te gaan.

Leegstandschade

17.5 Eerder in dit artikel werd al aangestipt dat een be- ding over leegstandschade geheel ontbreekt in het model. Daar lijkt geen duidelijke reden voor te zijn. Voor verhuurders is het wenselijk een leegstandschadebeding op te ne-

men en – niet onbelangrijk – de bepaling over de bankgarantie zodanig aan te vullen dat duidelijk is dat de garant in geval van faillissement geen regres mag hebben op de boedel. Uit het arrest Romania⁸¹ volgt immers dat het leegstandschadebeding in faillissement alleen dan aantastbaar is, indien de bedongen vergoeding rechtstreeks of indirect, bijvoorbeeld door een regresvordering, ten laste van de boedel komt. In een arrest van het Hof Amsterdam werd die regel recentelijk toegepast.⁸²

18 Tot slot

18.1 In het voorgaande hebben wij ons niet ingehouden bij het leveren van kritiek. Dat doen wij in besef dat het gemakkelijk is om te schieten op andermans product: het kan immers altijd beter. Wat wij met dit artikel hebben getracht is om de betekenis van het model in het juiste perspectief te plaatsen en het te toetsen aan de juridische actualiteit. Dat levert een beeld op van een model waar op zich goed mee valt te werken, mits enkele tegenstrijdigheden worden rechtgetrokken en sommige artikelen worden bijgeschaafd of herzien. Het model heeft zeker zijn voordelen. Maar het is slechts een model, dat per definitie niet op de specifieke praktische en juridische situatie toegesneden is. Hetzelfde geldt voor het huurrecht in het algemeen, ook dat is een model, zoals het recht slechts een model is van rechtvaardigheid.⁸³

78 Zie met name de opmerkingen van minister Opstelten in *Handelingen I* 2014/15, 6, item 4, p. 27 (dossiernummer 32842).
 79 Bijvoorbeeld de gemeente, die de kosten van ontmanteling wil verhalen: ECLI:NL:RVS:2010:BO3470.
 80 Bijvoorbeeld de netbeheerder, die de gestolen elektriciteit wil verhalen: ECLI:NL:GHSHE:2014:221.

81 HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244.
 82 Hof Amsterdam 2 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2101.
 83 J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, Deventer: Kluwer, 1992.