

De positie van de onderhuurder in titel 7.4

mr. I.C.K. Mol*

1. Inleiding¹

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

2. Het recht tot onderverhuur in algemene zin

2.1 Een omwenteling

Voor 1 augustus 2003 luidde de hoofdregel dat onderverhuur zonder toestemming van de verhuurder *niet* geoorloofd was.⁴ Sinds 1 augustus 2003 luidt de hoofdregel als volgt: “De huurder is bevoegd het gehuurde geheel of gedeeltelijk aan een ander in gebruik te geven, tenzij hij moest aannemen dat de verhuurder tegen het in gebruik geven aan die ander redelijke bezwaren zal hebben.”⁵

De reden van de omwenteling naar het huidige artikel was, aldus de wetgever, dat de verhuurder er in het algemeen geen zwaarwegend belang bij heeft dat de huurder de zaak zelf gebruikt en dat hij de overeenkomst in de regel ook niet met het oog op de persoon van de huurder aangaat.⁶

Deze omwenteling is niet zonder slag of stoot gekomen. De NOvA, de Raad voor Onroerende Zaken en de Vereniging van Huurrecht Advocaten verzetten zich tegen deze formulering. Hun kritiek zag er kort gezegd op dat de wetgever miskent dat de identiteit van de huurder juist wel van belang is voor verhuurders en dat het criterium ‘redelijke bezwaren’ onduidelijk is: immers, ziet dit criterium uitsluitend op de te verwachten wijze van gebruik of zag het ook op de identiteit van de onderhuurder?⁷

Art. 7:221 BW is regelen recht en in veel huurovereenkomsten is een verbod tot onderverhuur opgenomen.⁸ Juist omdat een dergelijk verbod veelal wordt overeengekomen, hetgeen ook vóór de inwerkingtreding van titel 7.4 BW het geval was, is de werking van art. 7:221 BW beperkt en is de kritiek in de voorfase van titel 7.4 BW, achteraf beschouwd, wellicht te zwaar aangezet.

2.2 ‘Redelijke bezwaren’ in de zin van art. 7:221 BW ?

In de regel zal er in huurovereenkomsten expliciet in zijn voorzien dat het de huurder niet is toegestaan het gehuurde, al dan niet gedeeltelijk te verhuren, zonder toestemming van de verhuurder. Als de huurder in dat geval het gehuurde (geheel of gedeeltelijk) in gebruik wil geven aan een derde, dan is de toestemming van de verhuurder vereist.

Voor zover de huurovereenkomst niet een dergelijke bepaling bevat, vallen partijen terug op het bepaalde in de wet, waarin is geregeld dat onderverhuur niet is toegestaan als de huurder ‘moest aannemen’ dat de verhuurder tegen het in gebruik geven aan die ander ‘redelijke bezwaren’ zal hebben. Volgens de wetgever gaat het daarbij om wat de huurder moest aannemen ten tijde van het aangaan van de onderverhuur. Zonodig zal hij daartoe de verhuurder moeten inlichten en hem tijd dienen te geven opdat hij zich een oordeel kan vormen.⁹

In het wetgevingsproces bestond kritiek op de oorspronkelijke formulering van dit artikel. Toen werd niet gesteld dat de huurder ten tijde van de onderverhuur ‘moest aannemen’ dat de verhuurder redelijke bezwaren had, doch ‘kan verwachten’. Deze terminologie werd gekenmerkt als ‘te vaag’ en het verschaft de huurder onvoldoende rechtszekerheid; het advies volgde om deze terminologie duidelijker en strikter te omschrijven. ‘Kan verwachten’ wijzigde in ‘moest aannemen’; door te bepalen dat de huurder ‘moest aannemen’, in de zin dat het niet anders kon dan dat hij heeft aangenomen dat de verhuurder bezwaren zou hebben, zou tegemoet zijn gekomen aan de eerdere kritiek dat het artikel ‘te vaag’ was en ‘onvoldoende rechtszekerheid’ bood.¹⁰

De ‘redelijke bezwaren’ zien zowel op de identiteit van de onderhuurder als op het voorgenomen gebruik. Weliswaar

* Mr. I.C.K. Mol is werkzaam als advocaat bij VMBS Advocaten.

1. Zie over dit onderwerp ook: H.J. Rossel, *Huurrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2011, p. 378 – 396; Van der Hoek, *Huurrecht* (losbl.), art. 7:221 BW.
2. Zie de art. 7:211 lid 3, 7:220, 7:221, 7:230a, 7:296 lid 3, 7:297 lid 1, 7:299, 7:306, 7:308, 7:309 en 7:310 BW.
3. In dit artikel zal niet worden ingegaan op de bijzondere regeling voor onderhuur die geldt bij de verhuur van woonruimte ex art. 7:232 BW (zie art. 7:244 BW).
4. Zie art. 7A:1595 lid 1 BW (oud).
5. Zie art. 7:221 BW.
6. Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 33, onder 2 (Memorie van Toelichting).
7. Zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26 089, nr. 5, p. 13-14 (Verslag).
8. Zie bv. art. 8.1 van de Algemene Bepalingen Huurovereenkomst Kantoorruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230a (72/2003) en zie art. 12.1 van de Algemene Bepalingen Winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW (67/2008).
9. Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 33, onder 2 (Memorie van Toelichting).
10. Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. B, p. 7, onder 6 (Advies Raad van State en nader rapport).

volgt dit niet letterlijk uit art. 7:221 BW, doch de wetsgeschiedenis zegt hier wel het nodige over. De volgende omstandigheden zouden 'redelijke bezwaren' kunnen opleveren:¹¹

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

Omdat het voor een huurder niet altijd eenvoudig is vast te stellen of hij 'moest aannemen' dat de verhuurder ten tijde van de onderverhuur hiertegen bezwaar had, is het voor de huurder raadzaam om in geval van twijfel hoe dan ook de voorgenomen onderverhuur voor te leggen aan de verhuurder, ondanks dat ook zonder de toestemming van de verhuurder een rechtsgeldige onderhuurovereenkomst tot stand kan komen.¹²

Als de huurder zonder toestemming van de hoofdverhuurder over gaat tot onderverhuur, dan loopt de onderverhuurder het reële risico dat hij tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen onder de hoofdhuurovereenkomst en dat hem wordt verweten dat hij het gehuurde onbehoorlijk gebruikt.¹³ Dit geldt des te sterker als de hoofdhuurovereenkomst een onderhuurverbod inhoudt. Voorzichtigheid is dan ook geboden.

Als de onderhuurovereenkomst wordt gesloten zonder expliciete goedkeuring van de hoofdverhuurder en de hoofdverhuurder vervolgens betoogt dat de huurder ten tijde van het sluiten van de onderhuurovereenkomst 'moest aannemen' dat hij daartegen redelijke bezwaren zou hebben, dan ligt het in beginsel op de weg van de hoofdverhuurder hiervoor het bewijs te leveren.¹⁴

Als in de huurovereenkomst geen onderhuurverbod is opgenomen, dan is het de onderverhuurder aan te bevelen, voorafgaande aan het sluiten van de onderhuurovereenkomst, zichzelf de volgende vragen te stellen:

- a. moet hij aannemen;
- b. ten tijde van het aangaan van de onderverhuur;
- c. dat de hoofdverhuurder *redelijke* bezwaren heeft tegen:
 - i) de identiteit van de onderverhuurder, en/of;
 - ii) het gebruik.

Voor zover het antwoord op de vragen c) i en c) ii niet overtuigend 'nee' luidt, dan is het raadzaam voor de huurder om

de verhuurder schriftelijk te benaderen, zodat deze zich een oordeel kan vormen over de voorgenomen onderverhuur. Wil de onderverhuurder niet het risico lopen dat de beoogde onderhuurder afhaakt terwijl de verhuurder zijn gedachten laat gaan over het verzoek tot onderverhuur, dan kan ervoor worden gekozen een onderhuurovereenkomst te sluiten onder de opschortende voorwaarde dat de verhuurder instemt met deze voorgenomen onderverhuur.

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de huidige regeling van art. 7:221 BW niet vaag zou zijn en dat deze de huurder voldoende rechtszekerheid zou bieden. Gelet op het bovenstaande kan zulks mijns inziens moeilijk vol worden gehouden.

2.3 Kwalificatie onderhuurovereenkomst

De kwalificatie van de onderhuurovereenkomst houdt geen verband met de kwalificatie van de hoofdhuurovereenkomst. De onderhuurovereenkomst wordt beoordeeld op zijn eigen merites. Het is dan ook zeer wel mogelijk dat de hoofdhuurovereenkomst een andere kwalificatie heeft dan die van de onderhuurovereenkomst.¹⁵ De kwalificatie van de onder-

11. Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 26 089, nr. 6, p. 25, onder 2 (Nota naar aanleiding van het verslag); zie *Kamerstukken I* 2000/01, 26 089, nr. 162, p. 23-24 (Memorie van Antwoord); zie *Kamerstukken I*, 26 932, 2001/02, nr. 50, p. 3-4, onderdeel 5 (Brief van de Minister van Justitie).
12. Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 34, onder 4 (Memorie van Toelichting).
13. Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 34, onder 4 (Memorie van Toelichting).
14. Zie art. 150 Rv. In de parlementaire geschiedenis heeft de minister hierover – in antwoord op vragen hierover – nog het volgende gesteld: "De verhuurder dient dit aannemelijk te maken aan de hand van zijn gegevens betreffende de onderhuurder, zoals betreffende diens gebrek aan kredietwaardigheid of diens antecedenten of activiteiten, voor zover deze de vrees rechtvaardigen dat hij zich niet als een goed huurder zal gedragen. Ook kan de verhuurder een beroep doen op wat de huurder heeft moeten opmaken uit gesprekken of correspondentie met de verhuurder ter zake van het gebruik door derden of met betrekking tot het belang dat de verhuurder heeft gehecht aan gebruik door uitsluitend de huurder zelf." Zie *Kamerstukken I* 2001/02, 28 064, nr. 325b, p. 13 (Memorie van Antwoord).
15. Zie S. van der Kamp, 'Kwalificatie', in *TvHB* 2011/2, p. 58-62. Als de hoofd- en onderhuurovereenkomst door verschillende huurregimes worden beheerst, kan dat nadelig uitwerken voor (onder andere) de onderhuurder. Denk aan de situatie waarin de hoofdhuurovereenkomst beheerst wordt door het regime van art. 7:290 BW en de onderhuurovereenkomst door een ander regime. In dat geval geldt het bepaalde in art. 7:306 BW niet (waarover hierna meer). Of denk aan de situatie dat de onderhuurovereenkomst een zelfstandige woonruimte is, terwijl de hoofdhuurovereenkomst een ander huurregime kent. De onderhuurder komt dan geen beroep toe op de bescherming op grond van het bepaalde in art. 7:269 BW bij beëindiging van de hoofdhuurovereenkomst.

huurovereenkomst is in beginsel evenmin van invloed op de kwalificatie van de hoofdhuurovereenkomst.¹⁶ In het arrest, ook wel bekend als, ‘Zonshofje I’ was dat evenwel anders. In die casus waren de hoofdverhuurder en de hoofdhuurder overeengekomen dat het gehuurde bestemd was om te worden ingezet ten behoeve van kamerverhuur. De verhuurder betoogde dat op de hoofdhuurovereenkomst de Huurwet (thans art. 7:230a BW) van toepassing was. De Hoge Raad overwoog daarentegen het volgende:¹⁷

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

De hoofdhuurovereenkomst kwalificeerde derhalve als een ‘woonruimte’ huurovereenkomst, (thans) ex art. 7:232 BW. Echter, als de onderverhuurde zaak kwalificeert als een ‘zelfstandige woonruimte’ en die huurovereenkomst wordt beheerst door het huurregime van art. 7:232 BW, dan is het niet per definitie zo dat ook de hoofdhuurovereenkomst hierdoor wordt beïnvloed. De hoofdverhuurder wordt immers zonder zijn instemming geen partij bij een hem bindende onderhuurovereenkomst die door andere regels wordt beheerst dan de hoofdhuurovereenkomst op grond waarvan hij het gehuurde aan de hoofdhuurder in huur had afgestaan.¹⁸ Zodoende komt deze onderhuurder niet zonder meer een beroep toe op de bescherming van de onderhuurders van zelfstandige woonruimte (ex art. 7:269 BW) jegens de hoofdverhuurder als de hoofdhuurovereenkomst eindigt. Deze onderhuurder komt enkel een beroep op deze bescherming toe, indien ook de hoofdhuurovereenkomst in zijn geheel of voor het onderverhuurde deel wordt beheerst door het woonruimteregime.¹⁹ Daarbij is beslissend wat partijen bij de (hoofd)huurovereenkomst, mede in aanmerking genomen de inrichting van het onderverhuurde gedeelte, omtrent het gebruik daarvan voor ogen heeft gestaan.²⁰

2.4 Relatie onderverhuurder – onderhuurder

De onderhuurovereenkomst is een reguliere huurovereenkomst. De onderhuurder wordt gebonden door het bepaalde in de onderhuurovereenkomst en het bepaalde in de hoofd-

huurovereenkomst regardeert hem in beginsel niet. Echter, de onderverhuurder is wel jegens de hoofdverhuurder aansprakelijk voor de gedragingen van zijn onderhuurders, want hij is “op gelijke wijze als voor zijn eigen gedragingen aansprakelijk voor de gedragingen van hem die met zijn goedvinden het gehuurde gebruiken of zich met zijn goedvinden daarop bevinden”.²¹ De onderverhuurder doet er dan ook verstandig aan om de bepalingen in de onderhuurovereenkomst aan te laten sluiten bij het bepaalde in de hoofd-

16. Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 8 juni 2004, *LJN* AQ5816 waarin deze (in r.o. 4.6.1) het volgende overwoog: “Een algemene rechtsregel die inhoudt dat een huurovereenkomst wordt geregeerd door het regime van de onderhuurovereenkomst (als deze een artikel 7:290 BW-bedrijfsruimte betreft, of als het beschermingskarakter van de onderhuurovereenkomst zwaarder weegt dan van de hoofdhuurovereenkomst), kent het recht niet. Integendeel. Uit artikel 7:290 lid 3 BW (artikel 7A:1624 lid 2 (oud) BW) volgt dat de afhankelijke woning (onzelfstandige woning) het regime van de hoofdhuurovereenkomst volgt, hoewel in de regel de huurder van een woning door de wetgever meer bescherming wordt geboden dan de huurder van bedrijfsruimte. De wetgever heeft het huurregime van artikel 7:290 BW uitdrukkelijk willen beperken tot de bedrijfsruimte die gerubriceerd staan onder de in lid 2 gegeven definitie en heeft nergens bepaald dat een uitbreiding mogelijk is, noch dat een zodanige uitbreiding besloten ligt in een met toestemming van de hoofdverhuurder aangegane onderhuurovereenkomst die wel onder de bedoelde definitie valt te brengen.”
17. Zie HR 20 september 1985, *NJ* 1986, 260 (Zonshofje I), m.nt. P.A. Stein.
18. Zie HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 421 (AHAM / Malherbe), zie met name r.o. 3.4.
19. Zie HR 29 oktober 1982, *NJ* 1983, 213 (Tolsma / Rens). In deze kwestie was een ‘afhankelijke woonruimte’ onderverhuurd. De Hoge Raad overwoog daartoe in r.o. 3: “Waar noch de tekst van de wet, noch de wetgevingsgeschiedenis daartoe noopt, mag de toepassingsfeer van een zo ingrijpend wetsvoorschrift als art. 1623k [thans 7:269 BW; auteur], niet worden uitgebreid tot gevallen van beëindiging van (hoofd)huurovereenkomsten die zelf niet beheerst worden door de art. 1623a e.v. [thans 7:232 e.v.; auteur]. Dit laatste zou tot gevolg hebben dat de verhuurder niet alleen - zonder dat daartoe zijn toestemming is vereist - partij wordt bij een tussen anderen tot stand gekomen huurovereenkomst, maar ook dat deze hem bindende (onder)huurovereenkomst door andere wettelijke regels – ook voor wat de vaststelling van de huurprijs betreft - geregeerd kan worden dan die welke de overeenkomst beheersen, op grond waarvan hij het verhuurde aan de (hoofd)huurder in huur had afgestaan.”
20. Zie HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 421 (AHAM / Malherbe); Zie over kwalificatie aangelegenheden het artikel van S. van der Kamp, ‘Kwalificatie’, in *TvHB* 2011/2, p. 58-62. Zie ook Van der Hoek, *Huurrecht* (losbl.), art. 7:269 BW, aant. 23. Een (onder)huurder van een eigenlijke dienstwoning komt ook geen beroep toe op de bescherming ex art. 7:269 BW indien de hoofdhuurovereenkomst niet tevens beheerst wordt door het woonruimteregime. Zie HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 659 (Scheepmaker / Hendrick de Keyser); zie bijvoorbeeld ook Hof Den Bosch 28 december 2010, *LJN* BP0241.
21. Zie art. 7:219 BW.

huurovereenkomst en de onderhuurder niet meer rechten te geven en niet minder verplichtingen op te leggen dan hij als hoofdhuurder heeft op basis van de hoofdhuurovereenkomst.

Partijen kunnen in de onderhuurovereenkomst rechtsgeldig afspraken maken die erop zien dat als de onderhuurder een verzoek neerlegt bij de onderverhuurder, de vraag of dit verzoek wordt gehonoreerd en de termijn waarbinnen dit gebeurt afhankelijk wordt gesteld van de medewerking van de hoofdverhuurder (voor zover daarmee niet wordt afgeweken van (semi-)dwingend recht).²² Denk hierbij aan de hersteltermijn van 'gebreken' aan het gehuurde.

2.5 Relatie hoofdverhuurder – onderhuurder²³

Zodra een onderhuurovereenkomst (al dan niet bevoegd) tot stand komt, resulteert dit niet in een contractuele relatie tussen de hoofdverhuurder en de onderhuurder.²⁴

Onderhuurder versus hoofdverhuurder gezien vanuit het perspectief van de onderhuurder

De onderhuurder kan in beginsel niets van de hoofdverhuurder afdwingen.²⁵ In 2004 overwoog de Hoge Raad²⁶ in het arrest in de kwestie Vleesmeesters tegen Alog Onroerend Goed en Handelsmaatschappij BV evenwel dat dit anders *kan* zijn als de belangen van een derde (in dit geval de onderhuurder) zo nauw betrokken zijn bij de behoorlijke uitvoering van een door derden gesloten overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant (in dit geval de onderverhuurder) in die uitvoering tekortschiet.

De normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, kunnen meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen.

In deze kwestie zag Vleesmeesters (die een slagerij exploiteerde in een supermarkt), als onderhuurder van Alog, zich geconfronteerd met de situatie dat Alog de bedrijfsvoering in die supermarkt staakte, waardoor in feite de bedrijfsvoering van Vleesmeesters onmogelijk werd gemaakt. De hoofdverhuurder van Alog dagvaardde uiteindelijk zowel Alog als Vleesmeesters tot ontruiming van de bedrijfsruimte. Die vordering werd toegewezen, zodat Vleesmeesters 'op straat stond'. Vleesmeesters betrok Alog in een procedure en vorderde Alog te veroordelen tot de schade die Vleesmeesters had geleden door het, jegens Vleesmeesters, onrechtmatig handelen van Alog. Vleesmeesters kreeg in eerste aanleg en in hoger beroep geen gelijk. Het hof overwoog dat in geen enkele huurovereenkomst was overeengekomen dat Alog ten gunste van Vleesmeesters een supermarkt gevestigd diende te houden in het gehuurde, zodat: *"De zorgvuldigheid die door Alog ten opzichte van de vof in acht zou moeten worden genomen gaat niet zover dat het feit dat Alog bij de beslissing om de Aldi supermarkt in het gehuurde op te heffen zich de belangen van de vof niet heeft aangetrokken, tot onrechtmatigheid leidt en Alog zou verplichten tot vergoeding van de schade die de vof lijdt."* (zie r.o. 6).

Vleesmeesters ging in cassatie en kreeg (uiteindelijk) het gelijk aan haar zijde. De Hoge Raad overwoog:

"Bij de beantwoording van de vraag of deze normen zulks meebrengen, zal de rechter de ter zake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals²⁷

a. de hoedanigheid van alle betrokken partijen,

b. de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst,

c. de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken,

d. de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was,

e. de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien,

f. de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden,

g. de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en

h. de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, alsmede

i. de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling."²⁸

En met inachtneming van deze omstandigheden beoordeelde het Hof Amsterdam de kwestie opnieuw. Het resultaat van deze herbeoordeling was overigens dat Vleesmeesters in het ongelijk werd gesteld: *"In de kern komt het erop neer dat Alog zich rekenschap diende te geven van de afhankelijkheid van Vleesmeesters van de aanwezigheid van de Aldi Supermarkt voor een succesvolle exploitatie van haar slagerij, maar dat Vleesmeesters dat ook zelf had behoren te doen. Nu Alog bij Vleesmeesters niet het vertrouwen heeft gewekt*

22. Vanuit het perspectief van de onderverhuurder is het zelfs aan te bevelen om dergelijke bepalingen overeen te komen.

23. De huurprijs in een onderhuurovereenkomst betreffende een 290 bedrijfsruimte, kan een rol spelen bij de bepaling van de gemiddelde huurprijs van 'vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse' in de zin van art. 7:303 lid 2 BW. In HR 28 juni 2002, *WR* 2002, 64 (Blok / Kühlman Beheer) was een 'vergelijkbare bedrijfsruimte' gedeeltelijk in gebruik bij een hoofdhuurder en gedeeltelijk in gebruik bij een onderhuurder. De Hoge Raad overwoog dat wanneer *" (...) slechts een gedeelte van een in zijn geheel verhuurde bedrijfsruimte als vergelijkbare bedrijfsruimte in de zin van art. 7A:1631a lid 8 BW kan worden aangemerkt, de huurprijs van dat gedeelte alleen dan kan worden betrokken bij de bepaling van de gemiddelde huurprijs als bedoeld in dit artikellid, indien deze naar objectieve maatstaven kan worden afgeleid van de huurprijs van de gehele bedrijfsruimte. Daarbij dient rekening gehouden te worden met de verschillen in kwaliteit van de verschillende bedrijfsruimte, daaronder begrepen de door de hoofdhuurder zelf gebruikte en vergelijkbaar geachte bedrijfsruimte. Ook de huurprijzen van de in onderhuur gegeven bedrijfsruimte kunnen daarbij van belang zijn, zij het dat dan tevens gelet moet worden op de wijze waarop en de omstandigheden waaronder deze tot stand zijn gekomen."* (r.o.3.5).

24. Dit kan anders zijn bij de onderverhuur van een zelfstandige woonruimte, zie art. 7:278 lid 1 BW.

25. Zie bv. HR 7 april 1989, *NJ* 1989, 552 (Hommen / Esplana).

26. Zie HR 24 september 2004, *TvHB* 2004, 24 m.nt. N. Eeken en A.W. Jongbloed, *RvdW* 2004, 108 (Vleesmeesters / Alog), r.o. 3.4.

27. Deze opsomming betreft derhalve niet een limitatieve lijst met omstandigheden.

28. Zie ook Hof Amsterdam 19 juni 2008 en 8 september 2009, *TvHB* 2009, 11 m.nt. A.W. Jongbloed, r.o. 2.2.

*dat deze meer mocht verwachten dan het samenstel van contractuele relaties rechtvaardigde, heeft het Hof onvoldoende grond gevonden om de handelwijze van Alog desalniettemin jegens Vleesmeesters onrechtmatig te oordelen.*²⁹

Mijns inziens is het niet de verwachting dat al te snel sprake zal zijn van onrechtmatig handelen van een verhuurder ten opzichte van een onderhuurder. Onmogelijk is het evenwel niet en daarvan dienen alle partijen zich wel rekenschap te geven.

Hoofdverhuurder versus onderhuurder gezien vanuit het perspectief van de hoofdverhuurder

Dat de hoofdverhuurder en de onderhuurder in beginsel contractueel niets met elkaar te maken hebben, volgt ook uit het feit dat de looptijd van de onderhuurovereenkomst de looptijd van de hoofdhurovereenkomst niet overleeft: zodra de hoofdhurovereenkomst eindigt en de hoofdhurder het gehuurde dient te ontruimen, eindigt ook het recht van de onderhuurder om in het gehuurde achter te blijven, ongeacht de looptijd van de onderhuurovereenkomst. Als de onderhuurder vervolgens in het gehuurde achterblijft, terwijl de hoofdhurovereenkomst is geëindigd, dan verblijft de onderhuurder aldaar zonder recht of titel en kan de hoofdverhuurder de onderhuurder in rechte betrekken teneinde het gehuurde ontruimd te krijgen. Volgens de wetgever zit de bescherming van de onderhuurder dan in zijn vordering tot schadevergoeding op de onderverhuurder. Die schadevordering kan zowel worden gegrond op de algemene regels betreffende wanprestatie uit Boek 6 BW, als waar het ziet op verhuur ex art. 7:290 BW in ieder geval op het semi-dwingendrechtelijke tweede lid van art. 7:306 lid 2 BW.³⁰

Overigens kunnen de hoofdverhuurder, de onderverhuurder en de onderhuurder overeenkomen dat als de hoofdhurovereenkomst eindigt, de hoofdverhuurder de onderhuurovereenkomst voortzet. Een hoofdverhuurder zal dit echter alleen willen als hij een stem heeft gehad op en in heeft gestemd met de bepalingen in de onderhuurovereenkomst. In dat geval is er sprake van een contractsovername ex art. 6:159 BW.

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

Als de verhuurde onroerende zaak met succes wordt opgeëist door de hoofdverhuurder, doet dit geen afbreuk aan het bestaan van de onderhuurovereenkomst; de onderverhuurder kan echter niet meer het huurgenoet verschaffen aan de huurder en is dan ook schadeplichtig ten opzichte van de huurder uit hoofde van een toerekenbare tekortkoming (art. 6:74 BW).

Als de hoofdverhuurder tot renovatie van het gehuurde wenst over te gaan, is hij gehouden ook rekening te hou-

den met de belangen van de onderhuurder (zie art. 7:220 lid 2 BW). Het is daarbij niet relevant of deze onderhuurder al dan niet bevoegd aanwezig is. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de keuze voor 'onderhuurders' en niet voor uitsluitend 'bevoegde onderhuurders' met name was ingegeven vanuit woonruimteverhuur. Onderhuurders van zelfstandige woonruimte genieten namelijk in beginsel bescherming als de hoofdhurovereenkomst eindigt, ongeacht of deze bevoegd of onbevoegd onderhuren (zie art. 7:269 BW). De hoofdhurovereenkomst of het deel van de verhuurde zaak waarop de onderhuurovereenkomst ziet, dient dan wel te worden beheerst door het regime van art. 7:232 BW e.v. (zie de paragraaf 'kwalificatie onderhuurovereenkomst' hierboven). De hoofdverhuurder krijgt in dat geval te maken met de onderhuurder als de hoofdhurovereenkomst eindigt. Wel wordt overwogen dat: "*de rechter het belang van een dergelijke onderhuurder naar gelang van de omstandigheden van het geval minder zwaar kan laten wegen.*"³¹

Mijns inziens is het zeer wel verdedigbaar dat een hoofdverhuurder van een onroerende zaak, niet zijnde woonruimte ex art. 7:232 BW, slecht beperkt rekening behoeft te houden met de onderhuurders als hij een renovatievoorstel formuleert; anders dan bij woonruimtehuur bestaat er bij de 290 BW bedrijfsruimte en de 230a BW ruimte immers niet een dergelijke beschermingsbepaling als art. 7:269 BW, zodat de ratio om ook met de belangen van onbevoegde (veelal onbekende) onderhuurders rekening te houden mij ontgaat. Het ligt thans evenwel op de weg van de verhuurder om bij de beoordeling in rechte van het redelijke renovatievoorstel te betogen dat en waarom hij niet met de belangen van de onbevoegde onderhuurder rekening hoeft te houden. In ieder geval heeft de wetgever daarvoor een handreiking gegeven door uitsluitend te verwijzen naar de woonruimteverhuur. Het is mijns inziens verdedigbaar dat de hoofdverhuurder geen renovatievoorstel aan de onderhuurder hoeft te sturen. De onderhuurder is namelijk geen contractspartij van de hoofdverhuurder. Hij dient uitsluitend bij het inrichten van het voorstel rekening te houden met de belangen van de onderhuurders. Het is ook de onderverhuurder waarmee de hoofdverhuurder overeenstemming dient te bereiken over de renovatie. De onderverhuurder dient op zijn beurt overeenstemming te bereiken met zijn onderhuurder hetgeen hij kan doen op basis van het renovatievoorstel. De onderverhuurder dient daarbij voor de belangen van de onderhuurder te waken ten opzichte van de hoofdverhuurder.

29. Zie Hof Amsterdam 19 juni 2008 en 8 september 2009, *TvHB* 2009,11, m.nt. A.W. Jongbloed, r.o. 2.16.

30. Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 26 932, nr. 5, p. 19 (Nota naar aanleiding van het verslag). Ondanks dat de wetgever het standpunt over de schadevergoeding uitsluitend innam bij de behandeling van het wetsvoorstel van art. 7:290 BW, is er geen aanleiding om te veronderstellen dat deze regeling anders zou zijn bij een verhuur van een ruimte ex art. 7:230a BW. In dat geval schiet de onderverhuurder immers ook tekort als de hoofdhurovereenkomst is geëindigd en de onderhuurovereenkomst niet, omdat hij alsdan de onderhuurder niet meer het rustig huurgenoet kan verschaffen.

31. *Kamerstukken I* 2001/02, 26 089, nr. 162, p. 17 (Memorie van Antwoord).

2.6 Contractuele bevoegdheid tot onderverhuur

Het is niet ongebruikelijk dat in huurovereenkomsten is bepaald dat een bepaalde vorm van onderverhuur is toegestaan (denk aan de toestemming tot onderverhuur aan gelieerde vennootschappen).

Er zijn drie vormen van bevoegde onderverhuur te onderscheiden:

- Contractuele toestemming;
- Er bestaan geen redelijke bezwaren (zie art. 7:221 BW);
- De verhuurder verleent toestemming.

Het verstrekken van een onvoorwaardelijke toestemming tot onderverhuur in de hoofdhuurovereenkomst is vanuit het perspectief van de verhuurder niet aan te bevelen. Deze loopt dan namelijk een reëel risico dat er in beginsel geen ruimte voor de verhuurder is om eisen te stellen aan de kwaliteit of statuur van een eventuele onderhuurder. Illustratief daarvoor is het arrest van het Hof Arnhem van 29 september 2009 waar de verhuurder lijdzaam moest toezien, dat het hof hem niet de bevoegdheid gunde om eisen te stellen aan de kwaliteit van de huurder.³²

2.7 Onbevoegde onderverhuur ... en nu?

Tekortkoming

Onbevoegde onderverhuur doet niets af aan de rechtsgeldigheid van de onderhuurovereenkomst. In de hoofdhuurovereenkomst kan deze onbevoegde onderverhuur wel een tekortkoming opleveren. Deze gedraging levert *beslist* een tekortkoming op indien de hoofdhuurovereenkomst onderverhuur zonder toestemming van de verhuurder verbiedt. Deze gedraging *kan* een tekortkoming opleveren als de huurovereenkomst niet een dergelijk verbod inhoudt, maar de hoofdhuurder 'moest aannemen' dat de verhuurder tegen het in gebruik geven aan de ander 'redelijke bezwaren' zal hebben (zie de paragraaf hiervoor over hetgeen hieronder kan worden verstaan). In beginsel levert deze onbevoegde onderverhuur strijd op met het goed huurderschap ex art. 7:213 BW.³³ Afhankelijk van de ernst van de tekortkoming kan deze grond opleveren voor een ontbinding van de huurovereenkomst³⁴ of kan deze resulteren in een opzegging omdat de bedrijfsvoering van de huurder niet is geweest zoals dat een goed huurder betaamt.³⁵ Deze tekortkoming behoeft niet te resulteren in een ontbinding, indien de bijzondere aard of de geringe betekenis van de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt.

Eerbiediging onbevoegde onderhuurovereenkomst door hoofdverhuurder?

Met het aangaan van de onderhuurovereenkomst ontstaat er geen contractuele relatie tussen de onderhuurder en de hoofdverhuurder. De hoofdverhuurder hoeft een onbevoegde onderhuur niet te aanvaarden. Hij kan, in beginsel, zowel de hoofdhuurder als de onderhuurder aanspreken op deze onrechtmatige situatie en kan van deze partijen afdwingen dat de onderhuurder het gehuurde ontruimt. De onderverhuurder pleegt immers jegens de hoofdverhuurder een tekortkoming en de onderhuurder een onrechtmatige daad. De hoofdverhuurder kan ontruiming evenwel niet afdwingen als hij daarbij geen belang heeft.³⁶

Als de hoofdverhuurder de onderhuurder gedooft (en dat zou onder omstandigheden bijvoorbeeld kunnen worden afgeleid omdat deze de huurpenningen van de onderhuurder

aanvaardt), mag ervan uit worden gegaan dat de hoofdverhuurder tegen de onderhuurder geen bezwaar heeft.³⁷

2.8 Schade verhuurder bij onbevoegde onderverhuur; winstafdracht?

Als een huurder zijn verplichtingen onder de huurovereenkomst niet nakomt en de verhuurder daardoor schade lijdt, dan komt die schade voor vergoeding in aanmerking op grond van de algemene regels van het verbintenissenrecht en de toekenning van schadevergoedingen in dat verband. Echter, vaak is het voor de verhuurder niet eenvoudig om de (exacte omvang van de) door hem geleden schade aan te tonen. Als die schade lastig te bepalen is, maar het wel voldoende aannemelijk is *dat* de verhuurder schade heeft geleden in verband met de gedragingen van de huurder en de huurder winst heeft gemaakt, dan heeft de rechter de discretionaire bevoegdheid om, op grond van het bepaalde in art. 6:104 BW, de schade te begroten en de wederpartij (de huurder) te veroordelen tot winstafdracht aan de benadeelde partij (de verhuurder). Art. 6:104 BW geldt uitsluitend in geval van een tekortkoming, dan wel een onrechtmatige daad. Voor toepassing van dit artikel is (uiteraard) geen plaats als er in het geheel geen schade is geleden.³⁸ Aan art. 6:104 BW liggen twee gedachten ten grondslag:³⁹ het wordt onredelijk geacht:

- om ongeoorloofd ten koste van een ander verkregen winst aan de verkrijger te laten; en

- Zie Hof Arnhem 29 september 2009, *WR* 2009, 13 (Ernst & Young / NSI Kantoren BV). Daar waar deze verhuurder het ongelijk aan zijn zijde kreeg ten aanzien van de vraag of hij kwaliteitseisen kon stellen aan de identiteit van de huurder, behaalde hij in een kort geding dat enkele weken daarna plaatsvond wel een overwinning. In die kwestie werd de huurder namelijk veroordeeld tot het integraal en stipt nakomen van alle verplichtingen onder de huurovereenkomst, waaronder het volledig in gebruik en ingericht houden van het gehuurde (zie V.zr. Rb. Zutphen 30 oktober 2009, *WR* 2009, 13 (NSI Kantoren BV / Ernst & Young)); deze verplichting strekte zich ook uit tot de gedragingen van de onderhuurder. De bezwaren van de verhuurder tegen de voorgenomen onderverhuur waren daarmee enigszins weggenomen.
- Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 26, onder 3 (Nota naar aanleiding van het verslag).
- Zie art. 7:231 lid 1 BW; *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 26, onder 3 (Nota naar aanleiding van het verslag).
- Zie art. 7:296 lid 1 BW.
- Zie art. 3:14 BW; zie *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3 p. 34, onder 5 (Memorie van Toelichting).
- Zie *Kamerstukken I* 2001/02, 26 089, nr. 162, p. 1999/00, onder 24 (Memorie van Antwoord).
- Zie HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421. Evenmin is ruimte voor toepassing als de wederpartij aannemelijk maakt dat er geen schade kan zijn geleden, zie HR 18 juni 2010, *RvdW* 2010, 772, *LJN* BL9662 (Setel / AVR), r.o. 3.3.2 en zie HR 18 juni 2010, *TvHB* 2010, 13, m.nt. A.W. Jongbloed, *RvdW* 2010, 771, *WR* 2010, 74 (Doerga / Ymere), r.o. 3.6.
- Zie het lezenswaardige artikel van N. Eeken en E.T. de Boer, 'Winst als schadevergoeding? Over de bruikbaarheid van art. 6:104 BW in het huurrecht', *TvHB* 2008/5, p. 172-176.

- b. indien de benadeelde, als deze vermoedelijk wel schade heeft geleden, hiermee blijft zitten omdat de schade naar haar aard niet goed bewijsbaar is.
- De wetgever had bij toepassing van art. 6:104 BW expliciet in gedachten de situatie dat onbevoegd zaken worden uitgbaat door een houder.⁴⁰
- Op 18 juni 2010 heeft de Hoge Raad zich in een huurkwestie uitgelaten over de toepasselijkheid van art. 6:104 BW.⁴¹ De huurder had door middel van onbevoegde onderverhuur winst gemaakt en het was aannemelijk dat de verhuurder (een woningcorporatie) schade had geleden. De Hoge Raad ziet ruimte voor toepassing van art. 6:104 BW en overweegt daarbij het volgende:⁴²
- voor toewijzing van een vordering tot begroting van de schade op het bedrag van (een deel van) de winst ex art. 6:104 BW gelden niet meer of andere vereisten dan ingevolge art. 6:162 BW of 6:74 BW.
 - voor toepassing van dit artikel is niet een bijzondere mate van verwijtbaarheid van het schadetoebrengende handelen vereist.
 - de rechter mag bij de beantwoording van de vraag of hij toepassing zal geven aan art. 6:104 BW en zo ja, of hij de schade op het volledige bedrag van de winst zal begroten, wel gewicht toekennen aan de mate van verwijtbaarheid.
 - art. 6:104 BW geeft niet aan degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld of wanprestatie is gepleegd, een ‘vordering tot winstafdracht’, doch verleent aan de rechter een discretionaire bevoegdheid om, ingeval schadevergoeding is gevorderd, de schade te begroten op het bedrag van de door dit handelen of die wanprestatie genoten winst of op een gedeelte daarvan. Art. 6:104 BW vormt blijkens zijn plaatsing, zijn bewoordingen en zijn parlementaire geschiedenis een uitwerking voor een bijzonder geval van de algemene regel van art. 6:97 BW.
 - indien het aannemelijk is dat het door de schuldenaar behaalde financiële voordeel de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, dan wordt de schade begroot op een door de rechter te bepalen gedeelte van de winst.
 - de ‘winst’ waarover in art. 6:104 BW wordt gesproken, is niet de winst die de benadeelde zelf had kunnen realiseren. Art. 6:104 BW behelst, ook in een geval als het onderhavige waarin het gaat om het ‘onbevoegd uitbaten van een zaak door een houder’, een begroting van de schade van de benadeelde die mede kan bestaan uit ander nadeel dan gedeelde winst.
 - onder ‘winst’ in de zin van art. 6:104 BW dient te worden verstaan: ieder financieel voordeel dat de schuldenaar door zijn onrechtmatig handelen of tekortkoming heeft genoten. Een beperktere opvatting zou zonder goede grond tot gevolg kunnen hebben dat de bepaling niet zou kunnen worden toegepast, in het bijzonder indien de onderneming van de schuldenaar niet winstgevend is. Voor de begroting van de winst in bovenvermelde zin moet worden uitgegaan van het netto-voordeel, dat wil zeggen het voordeel dat resulteert na aftrek van de kosten en lasten die aan het verkrijgen daarvan verbonden zijn geweest.⁴³

Het hier besproken arrest betrof overigens een voorlopige voorziening. Mijns inziens zijn er geen aanwijzingen waaruit volgt, dat deze kwestie tot een andere uitkomst zou hebben geleid als de kwestie in een bodemprocedure zou zijn uitgemaakt.

De Hoge Raad lijkt de weg te hebben geopend voor toepassing van art. 6:104 BW in onbevoegde onderhuursituaties. Wel dient te worden bedacht dat de kwestie waarover de Hoge Raad zich uitliet woonruimtehuur betrof en de verhuurder (een woningcorporatie) veel (en kostbare) maatregelen had getroffen om onbevoegde onderhuur te elimineren. Reeds daarom is het aannemelijk dat een woningcorporatie schade lijdt door de onbevoegde onderverhuur. Een verhuurder van bedrijfsruimte investeert in de regel echter niet in onderzoeken om onbevoegde onderverhuur te voorkomen of uit te schakelen. De vraag dringt zich op welke schade een verhuurder van bedrijfsruimte zou kunnen lijden in geval van onbevoegde onderverhuur. Indien winst wordt genoten door de onderverhuurder in verband met de onrechtmatige onderverhuur, dan is het aannemelijk dat als die onderverhuurder de huurovereenkomst had opgezegd, de verhuurder die hogere huurpenningen ook had kunnen genereren. Aannemelijk is dientengevolge dat de hoofdverhuurder deze huurpenningen misloopt. Als gezegd, kan de schade van de hoofdverhuurder ook bestaan uit ander nadeel dan gedeelde winst; daarbij kan gedacht worden aan kosten die verband houden met de ontruiming van het gehuurde door de onderhuurder (zoals advocaatkosten),⁴⁴ onrechtmatige gedragingen van de onderhuurder (zoals het onbevoegd aanbrengen van wijzigingen aan het gehuurde en het onbevoegd aanbrengen van reclame-uitingen) en imagoschade van de verhuurder of van het complex waarvan het gehuurde deel uitmaakt doordat die bewuste onderhuurder aldaar is gevestigd.

2.9 Is toestemming tot onderverhuur afdwingbaar?

Het is eerder dan uitzondering dat in huurovereenkomsten is bepaald dat onderverhuur niet is toegestaan. Maar zelfs indien dit is bepaald, is het niet ondenkbaar dat er omstandigheden zijn die eraan in de weg staan dat de verhuurder de huurder houdt aan dit verbod. De huurder zou kunnen betogen dat het beroep van de verhuurder op het onderverhuurverbod naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁴⁵

40. Zie HR 18 juni 2010, *TvHB* 2010, 13, m.nt. A.W. Jongbloed, *RvdW* 2010, 771, *WR* 2010, 74 (Doerga / Ymere), r.o. 3.2.3 (verwezen wordt naar de parlementaire geschiedenis).

41. HR 18 juni 2010, *TvHB* 2010, 13, m.nt. A.W. Jongbloed, *RvdW* 2010, 771, *WR* 2010, 74 (Doerga / Ymere). Op diezelfde dag wees de Hoge Raad een ander arrest dat ook zag op de werking van art. 6:104 BW, te weten: HR 18 juni 2010, *RvdW* 2010, 772, *LJN* BL9662 (Setel / AVR).

42. Deze overwegingen volgen uit het arrest Doerga / Ymere en uit het arrest HR 18 juni 2010, *RvdW* 2010, 772, *LJN* BL9662 (Setel / AVR).

43. HR 18 juni 2010, *RvdW* 2010, 772, *LJN* BL9662 (Setel / AVR), zie r.o. 3.3.4.

44. Zie Hof Den Haag 21 december 2010, *WR* 2011, 70.

45. Zie HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 684 (IJsselmuiden / Brou-

De slagingskansen van een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid van de huurder hangen af van tal van omstandigheden zoals: de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen en de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest.⁴⁶ De rechter dient bij een beoordeling over deze derogerende werking wel de nodige terughoudendheid te betrachten.⁴⁷ Als de huurder het onderverhuurbod opzij wenst te laten zetten, dan dient deze zijn vordering daartoe deugdelijk te motiveren.⁴⁸

In een kwestie waarover het Hof Den Haag zich recentelijk boog, schoot de huurder tekort in zijn motiveringsplicht en hield het onderverhuurverbod ongewijzigd stand. De huurder had de verhuurder niet geïnformeerd over de financiële gegoedheid, het kaliber en de hoedanigheid van de beoogde onderhuurder. De verhuurder verleende dan ook geen toestemming voor de onderverhuur. Het hof overwoog:⁴⁹ “*Geïntimeerde als verhuurster is jegens het Timmerbedrijf als huurster niet verplicht (in het kader van schadebeperking) bij financieel onvermogen van huurster een onderhuurder te accepteren, zonder acht te slaan op diens financiële gegoedheid, hoedanigheid en kaliber. Dit geldt des te meer, nu [geïntimeerde] een winkelcentrum exploiteert. De beleggingswaarde hiervan wordt, volgens de onweersproken stellingen van [geïntimeerde], immers mede bepaald door dit soort factoren (het werkelijke niveau van de exploitanten).*” De huurder haalde bakzeil omdat hij de verhuurder niet goed had geïnformeerd over de kwaliteit van de potentiële onderhuurder.

In een zaak die speelde tussen de Staat der Nederlanden en de verhuurder Lidmar Properties overwoog het Hof Arnhem⁵⁰ dat nu het aannemelijk was dat de beoogde onderhuurder het gehuurde grotendeels leeg zou laten staan, de verhuurder terecht zijn goedkeuring kon onthouden aan onderverhuur aan deze partij. Dit ondanks het feit dat de huurovereenkomst bepaalde dat onderverhuur was toegestaan en dat de verhuurder op onredelijke gronden zijn goedkeuring niet mocht onthouden.

2.10 De failliete onderverhuurder

Als de onderverhuurder failliet is, hebben de curator van de onderverhuurder en de verhuurder in de hoofdhurovereenkomst het recht de hoofdhurovereenkomst op te zeggen op basis van het bepaalde in art. 39 Faillissementswet. De onderhuurovereenkomst kan evenwel niet worden aangetast. Opzegging van de hoofdhurovereenkomst brengt in de regel met zich dat de curator tot ontruiming van het gehuurde over dient te gaan. Dit geldt derhalve ook voor de onderhuurder die zonder hoofdhurovereenkomst geen recht of titel heeft om aldaar te verblijven. Een verplichting die is ontstaan als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling (te weten de huuropzegging) wordt aangemerkt als een boedelschuld, zie HR 18 juni 2004, *WR* 2004, 279 (Van Galen q.q. / Circle Plastics). Met andere woorden: als de curator de hoofdhurovereenkomst opzegt, dan ontstaat een verplichting van de onderhuurder het gehuurde te ontruimen. Deze verplichting ontstaat door een rechtshandeling van de curator, welke hij verricht ten behoeve van de boedel. In lijn met de rechtsregel uit het arrest Van Galen q.q. / Circle Plastics kwalificeert

de schade die de onderhuurder lijdt, door de rechtshandeling van de curator, mijns inziens als boedelschuld, nu deze direct verband houdt met deze opzegging door de curator. De vraag rijst of het een verschil maakt welke status de onderhuurder heeft. Is deze bevoegd, onbevoegd, of onbevoegd doch gedoogd. Mijns inziens staat of valt het antwoord op deze vraag met de beantwoording van de vraag of de hoofdverhuurder staande de looptijd van de hoofdhurovereenkomst met succes van de onderverhuurder kan afdwingen dat de onbevoegde onderhuursituatie eindigt. Als de verhuurder bekend is met de situatie, doch deze oogluikend toestaat, dan kan de verhuurder mijns inziens herstel niet afdwingen gedurende de looptijd van de huurovereenkomst. Voor zover het antwoord op de vraag of de hoofdverhuurder de onbevoegde onderhuur kan doen eindigen staande de looptijd van de huurovereenkomst negatief dient te worden beantwoord, ontstaat de ontruimingsverplichting van de onderhuurder eerst met de opzeggingshandeling van de curator en is het mijns inziens verdedigbaar dat de schade die de onderhuurder lijdt, kwalificeert als een boedelschuld.⁵¹

wers). In deze kwestie stond niet de vraag centraal of een verbod tot onderverhuur gehandhaafd diende te worden. Hier betrof het woonruimteverhuur en werd betoogd dat de huurder zich niet te goeder trouw kon beroepen op de regels van huurbescherming. De Hoge Raad verwierp deze stelling, doch overwoog wel dat huurbescherming buiten toepassing kan blijven voor zover die toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (zie r.o. 3.5); zie ook Van der Hoek, *Huurrecht* (losbl.), art. 7:221 BW, aant. 11; zie verder F.C. Borst, ‘Over leegstand, voortijdige huurbeëindiging, onderhuur en het staken van de exploitatie’, *TvHB* 2009/1, p. 4 t/m 7.

46. Zie o.a. HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 (Saladin / HBU).
47. Zie Valk 2011, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:248 BW, aant. 4.
48. O.a. HR 25 april 1986, *NJ* 1986, 714 (Antenneverbod Smilde).
49. Zie r.o. 7, Hof Den Haag 13 september 2011, *TvHB* 2011, 22, m.nt. I.C.K. Mol, *LJN* BR6994. Een zaak die thans nog onder de rechter ligt is de volgende kwestie: Hof Den Haag 13 september 2011, *LJN* BT2248.
50. Zie Hof Arnhem 17 november 2009, *TvHB* 2010, 5 m.nt. M. van Heeren, *WR* 2010, 21 (de Staat der Nederlanden / Lidmar Properties I BV).
51. Zie ook Six-Hummel, *Huurrecht* (losbl.), art. 7:224 BW, aant. 88.5; zij maakt – mijns inziens terecht – een onderscheid tussen ‘veranderingen en beschadigingen’ aan het gehuurde, waarvan de verhuurder reeds *tijdens* de duur van de huurovereenkomst ongedaanmaking of herstel *had kunnen* vorderen, en veranderingen en beschadigingen waarvan ongedaanmaking of herstel eerst *bij het einde* van de huurovereenkomst door de verhuurder kan worden gevorderd. Strikt genomen ontstaat de herstelplicht uitsluitend in het laatste geval door de huuropzegging en derhalve door toedoen van de curator. In het eerste geval is de vordering eerder ontstaan en derhalve niet door toedoen van de curator en zou de verhuurder op grond van art. 37a Fw slechts een concurrente vordering hebben; zie ook F.C.

Als de hoofdverhuurder de huurovereenkomst opzegt op grond van art. 39 Faillissementswet, is de onderhuurder ook gehouden het gehuurde te ontruimen. Echter, de reden daarvan is niet gelegen aan de zijde van de curator, zodat de schade van de onderhuurder in verband met deze ontruimingsplicht, niet kwalificeert als een boedelschuld.

In geval van onderverhuur kan de hoofdverhuurder extra zekerheidsrechten bedingen van de onderverhuurder, door aan zijn goedkeuring tot onderverhuur de voorwaarde te verbinden dat ten gunste van de hoofdverhuurder de huuropbrengsten uit de onderhuurovereenkomst worden verpand.⁵² Zodra de onderverhuurder zijn betalingsverplichtingen uit de hoofdhuurovereenkomst niet nakomt, kan de hoofdverhuurder zich beroepen op het pandrecht en de huurpenningen uit de onderhuurovereenkomst incasseren. Dit pandrecht prevaleert boven een faillissement, zodat de hoofdverhuurder in ieder geval betaald krijgt door de onderhuurder. Hierdoor ontstaat overigens geen huurrelatie tussen de hoofdverhuurder en de onderhuurder.

2.11 Overgangswetgeving

Als gezegd gold voor 1 augustus 2003 een algeheel verbod tot onderverhuur. Een verbod tot onderverhuur behoeft dan ook niet contractueel te worden vastgelegd. Omdat de verhuurder erop dient te kunnen vertrouwen dat de huurder na de inwerkingtreding van art. 7:221 BW niet ineens tot onderhuur bevoegd wordt als in de huurovereenkomst niet een verbod daartoe is opgenomen, is art. 7:221 BW niet van toepassing op huurovereenkomsten die zijn gesloten voor 1 augustus 2003, zie art. 208a Overgangswet NBW.⁵³ Bij die huurovereenkomsten geldt de regeling van art. 7A:1595 lid 1 BW (oud).

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

3.1 Inleiding

Sinds de invoering van titel 7.4.6 is de positie van de onderhuurder van 290 bedrijfsruimte op diverse plaatsen in de wet verankerd. De meest vernieuwende regeling is wel die van art. 7:306 BW; dit artikel is het enige in titel 7.4.6 dat eveneens geldt in geval van onbevoegde onderverhuur.⁵⁴

De overige artikelen waarin de bevoegde onderhuurder een positie heeft gekregen zijn: art. 7:296 lid 3 (belangenafweging bij opzegging), 7:297 lid 1 (tegemoetkoming in verhuis- en inrichtingskosten bij opzegging van de huurovereenkomst door de verhuurder), 7:299 (schadevergoeding indien de wil om het gehuurde duurzaam persoonlijk in gebruik te nemen niet aanwezig is geweest), 7:308 (vergoeding voor goodwill en ander voordeel bij beëindiging van de huurovereenkomst), 7:309 en 7:310 (schadeloosstelling bij beëindiging resp. ontbinding van de huurovereenkomst bij de uitvoering van werken in het algemeen belang).

3.2 De werking van art. 7:306 BW⁵⁵

Een onderhuurovereenkomst van 290 bedrijfsruimte eindigt na opzegging door de verhuurder, zodra de beëindiging van de hoofdhuurovereenkomst in een huurbeëindigingsprocedure ex art. 7:295 BW onherroepelijk vast komt te staan. De beëindigingsdatum van de onderhuurovereenkomst is het ontruimingstijdstip dat wordt vastgesteld in die procedure. Als de hoofdhuurovereenkomst mocht eindigen vanwege een andere reden, zoals een ontbinding, een beëindiging met wederzijds goedvinden of een faillissement, dan ein-

Borst, 'Faillissement van de huurder', *WR* 2007, 56, p. 221 e.v.; zie recentelijk sector kanton, locatie Leiden 23 november 2011, *JOR* 2012, 63. Tegen deze uitspraak is sprongcassatie ingesteld, zo volgt uit de noot van E. Loesberg in de *JOR*. Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 12 november 1993, *NJ* 1994, 229 (Frima q.q. / Blankers-Van Gennip) stelt Loesberg anders: "(...) 4. Op grond van art. 7:224 BW is de huurder verplicht het gehuurde bij het einde van de huur weer ter beschikking van de verhuurder te stellen. Is tussen Koot en de BV (bij aanvang van de huur) een beschrijving opgemaakt, dan kan mijns inziens in het midden blijven of de BV voor haar faillietverklaring al verplicht was de schade aan de buitengevel en de deuren te herstellen. Omdat de curator de huurovereenkomst heeft opgezegd, is ex art. 7:224 lid 2 BW de verplichting ontstaan het gehuurde in dezelfde staat op te leveren waarin deze volgens de genoemde beschrijving is aanvaard. Deze schuld is een gevolg van de opzegging van de huurovereenkomst door de curator en dient als boedelschuld te worden gekwalificeerd. In dit verband is een verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 12 november 1993, *NJ* 1994, 229, m.nt. WMK (Frima q.q./ Blankers-van Gennip) op zijn plaats. In laatst genoemd arrest ging het om een pensioentoezegging aan Blankers-Van Gennip door Kok Groep Nederland BV. Kok Groep Nederland BV had op het moment van haar faillietverklaring een schuld tot affinanciering van toegezegd pensioen aan Blankers-van Gennip. De opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator van Kok Groep Nederland BV leidde ertoe dat de bestaande affinancieringsschuld op grond van art. 9 van de Regelen verzekeringsovereenkomsten Pensioen- en spaarfondsenwet (oud) vervangen werd door een nieuwe schuld die als boedelschuld diende te worden gekwalificeerd omdat deze schuld een gevolg is van de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator.

5. Is tussen Koot en de BV geen beschrijving opgemaakt, dan gelden de vermoedens van art. 7:218 lid 3 BW (de BV wordt vermoed het gehuurde in onbeschadigde toestand te hebben ontvangen) en van art. 7:224 lid 2 BW (de BV wordt, behoudens tegenbewijs, verondersteld het gehuurde in de staat te hebben ontvangen, zoals deze is bij het einde van de huurovereenkomst). Kan de curator het tegenbewijs dat de BV het gehuurde niet in onbeschadigde toestand heeft ontvangen, niet leveren, dan geldt eveneens dat de door Koot gestelde opleveringsschuld een gevolg is van de opzegging van de huurovereenkomst door de curator en als boedelschuld moet worden gekwalificeerd."

Mijns inziens levert een beroep op het arrest Frima q.q. geen steun op voor de redenering van Loesberg. De affinancieringsverplichting in die kwestie was namelijk eerst afdwingbaar zodra de arbeidsovereenkomst was opgezegd. Die opzegging vond plaats door de curator. De verplichting tot herstel van schade aan het gehuurde in de huidige casus ontstaat evenwel reeds op het moment waarop de schade wordt veroorzaakt; dit kan derhalve zijn vóór het moment waarop de huurovereenkomst wordt opgezegd door de curator. Zie ook H.J. Rossel, *Huurrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2011, p. 496 – 498.

52. Zie art. 3:239 BW.

53. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 064, nr. 3, p. 6 (Memorie van Toelichting).

54. In titel 7.4.3 BW heeft de onbevoegde onderhuurder in art. 7:220 BW een positie verworven.

digd de onderhuurovereenkomst niet. In die gevallen eindigt een onderhuurovereenkomst uitsluitend na een rechtsgeldige huuropzegging door de onderverhuurder in een huurbeëindigingsprocedure, een ontbinding / vernietiging van de onderhuurovereenkomst, als de onderhuurder de onderhuurovereenkomst opzegt, als de onderhuurder met een beëindiging instemt of in geval van een beëindiging met wederzijds goedvinden. Art. 7:306 BW is niet van toepassing in geval van een beëindiging van de onderhuurovereenkomst door de onderverhuurder.⁵⁶

Op grond van lid 2 van art. 7:306 BW is de onderverhuurder in de volgende omstandigheden verplicht de schade te vergoeden die de onderhuurder lijdt:

- a. als de onderverhuurder de onderhuurder niet of niet juist heeft voorgelicht omtrent de termijn waarvoor de hoofdhuur geldt of is aangegaan;
- b. als de onderverhuurder bij de beëindiging van de hoofdhuur en de bepaling van het tijdstip van ontruiming onvoldoende voor de belangen van de onderhuurder heeft gewaakt.⁵⁷

De onderverhuurder dient dan ook goed voor de belangen van de onderhuurder te waken zowel bij het aangaan van de onderhuurovereenkomst, gedurende de looptijd van de onderhuurovereenkomst, bij gebreke waarvan hij schadeplichtig is. Het bepaalde in art. 7:306 lid 2 BW ziet op alle andere gevallen dat de onderverhuurder bij de beëindiging van de overeenkomst onvoldoende voor de belangen van de onderhuurder heeft gewaakt en dit mede tot de beëindiging heeft geleid.⁵⁸ Denk daarbij aan de volgende omstandigheden:

- a. de hoofdhuurder zegt de hoofdhurovereenkomst op;
- b. de hoofdhuurder stemt in met een opzegging van de hoofdhurovereenkomst door de hoofdverhuurder;
- c. de hoofdhuurder gedraagt zich niet zoals het een goed huurder betaamt, waardoor de ontbinding van de hoofdhurovereenkomst ex art. 7:231 BW volgt;
- d. de hoofdhuurder wordt geconfronteerd met een opzegging van de hoofdhurovereenkomst, hetgeen uiteindelijk leidt tot een vaststelling in rechte van de beëindiging van de hoofdhurovereenkomst zonder dat de onderhuurder hierover wordt geïnformeerd.

De schade waarover lid 2 spreekt, zal in ieder geval bestaan uit het missen van bedrijfsruimte over de periode dat de onderhuurder zonder beëindiging van de hoofdhurovereenkomst nog zou hebben voortgeduurd. De schadevergoeding zal dan mede kunnen bestaan uit de over die periode gederfde winst. Of verplaatsing- en herinrichtingskosten met succes gevorderd kunnen worden, zal afhangen van de vraag hoelang het gebruik van de bedrijfsruimte krachtens de onderhuur nog zou kunnen zijn voortgezet. Ook de volgende kostenposten zouden, aldus de wetgever, voor vergoeding in aanmerking kunnen komen, zelfs al worden de rechten van de onderhuurder uiteindelijk niet aangetast: denk daarbij aan de (extra) kosten die de onderhuurder te zijner verdediging heeft moeten maken die de onderverhuurder hem had kunnen besparen door zelf tijdig het nodige te doen of de onderhuurder eerder te waarschuwen. Denk ook aan de situatie dat een niet meer af te wenden ontruiming niet tijdig is doorgegeven aan de onderhuurder waardoor deze extra kosten heeft moeten maken om noodmaatregelen te treffen.⁵⁹

De onderverhuurder is bevoegd, niet verplicht, de onderhuurder in de beëindigingsprocedure op te roepen, voor zover de vordering tot beëindiging van de hoofdhurovereen-

komst de belangen van de onderhuurder raakt, aldus lid 3.⁶⁰ De onderhuurder kan ook zelf vorderen zich te mogen voegen in de procedure (ex art. 217 Rv).

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

3.3 Goedkeuring afwijkende bedingen?

Met de intrede van art. 7:306 BW is de vraag reëel of er nog een noodzaak bestaat om overeenkomstig het bepaalde in art. 7:291 lid 2 BW goedkeuring te vragen aan de sector kanton voor een bepaling in de onderhuurovereenkomst die erin voorziet dat de looptijd van de hoofdhurovereenkomst parallel loopt aan die in de onderhuurovereenkomst.⁶¹ In de rechtspraak worden geregeld dergelijke verzoeken afgewezen, onder verwijzing naar het ontbreken van de noodzaak voor een afwijking, gelet op het bepaalde in art. 7:306

55. In *TvHB* 2008/4 (p. 130-135) is een artikel gepubliceerd van mijn hand waarin ik de werking van art. 7:306 BW meer uitvoerig behandel: 'De (on)zin van artikel 7:306 BW voor de onderhuurder van een bedrijfsruimte'. In dit artikel plaats ik kritische noten bij dit artikel. Deze kritiek lijkt overigens niet breed te worden gedragen. Zie verder M.F.A. Evers, *Huurrecht Bedrijfsruimten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 153 – 157; Zie ook H.E.M. Vrolijk, *Huurrecht* (losbl.), art. 7:306 BW.
56. Zie Hof Amsterdam 29 november 2011, *LJN* BU6343, (Vertigo / Stichting Filminstituut Nederland) waarin het Hof benadrukt dat art. 7:306 BW niet geldt als de onderverhuurder de onderhuurovereenkomst opzegt.
57. Zie Hof Den Bosch 24 maart 2009, *WR* 2010, 97 (De Rode Sok); in eerste aanleg werd de hoofdhurovereenkomst beëindigd. Onderhuurder (die ook was betrokken in de eerste aanleg kwestie) ging in hoger beroep, de onderverhuurder niet. Toen de appeltermijn voor die onderverhuurder was verstreken, stond onherroepelijk het einde van de hoofdhurovereenkomst vast en was het hoger beroep van de onderhuurder illusoir geworden. Dit vormt mijns inziens een schoolvoorbeeld van een omstandigheid waarin de onderverhuurder niet goed voor de belangen van de onderhuurder heeft gewaakt.
58. Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 26 932, nr. 5, p. 19 (Nota naar aanleiding van het verslag).
59. Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 26 932, nr. 5, p. 19 (Nota naar aanleiding van het verslag).
60. Als de onderhuurovereenkomst door een ander huurregime wordt beheerst, zal dit niet opgaan, nu art. 7:306 BW uitsluitend geldt als zowel de hoofd- als de onderhuurovereenkomst worden beheerst door het regime van art. 7:290 BW.
61. Uitgangspunt is dat een huurovereenkomst ex 7:290 BW in eerste instantie voor een termijn van twee keer vijf jaar wordt gesloten (zie art. 7:292 BW). Uitzondering daarop vormt de proeflooptijd van maximaal twee jaar (zie art. 7:301 BW). Omdat het huurregime van art. 7:290 BW gebonden is aan strikte termijnen, in de eerste tien jaar periode, kunnen partijen in de onderhuurovereenkomst niet

BW.⁶² Dit is mijns inziens in beginsel terecht. Onder omstandigheden kunnen de onderverhuurder en de onderhuurder er evenwel belang bij hebben om deze looptijden parallel te laten lopen, bijvoorbeeld omdat één van partijen de mogelijkheid wenst te hebben om de huurovereenkomst op te zeggen tegen die datum of omdat het huurregime van de hoofdhurovereenkomst een andere is dan die van de onderhuurovereenkomst (in welk geval art. 7:306 BW niet geldt). Als de onderhuurovereenkomst een looptijd kent die de looptijd van de hoofdhurovereenkomst overschrijdt, ontbreken partijen deze opzegmogelijkheid. Ook vanuit huurprijs-technisch perspectief kan het zinvol zijn om deze parallel te laten lopen.⁶³

De onderverhuurder heeft er belang bij dat als de huurprijs in de hoofdhurovereenkomst wijzigt, deze wijziging één op één kan worden doorgevoerd in de onderhuurovereenkomst. Het lijkt evenwel moeilijk verdedigbaar dat een dergelijke bepaling de goedkeuring krijgt van de sector kanton, overeenkomstig het bepaalde in art. 7:291 lid 3 BW, nu de huur-rechten van de onderhuurder alsdan wel bijzonder worden uitgehold.

Het is daarentegen niet onmogelijk om goedkeuring te krijgen voor een beding in de onderhuurovereenkomst dat bepaalt dat zodra een huurprijswijzigingsprocedure in de hoofdhurovereenkomst wordt geëntameerd, zulks ook mogelijk is in de onderhuurovereenkomst (ondanks dat de looptijden zulks niet mogelijk maken).⁶⁴ Uiteraard is het afhankelijk van de feiten en omstandigheden of een dergelijke bepaling met inachtneming van de criteria van art. 7:291 lid 3 BW wordt goedgekeurd.⁶⁵

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

De wet bepaalt in art. 7:230a BW lid 4 BW dat bij de beoordeling van een verzoek tot verlenging van de ontruimingsbeschermingstermijn, de belangen van de bevoegde onderhuurder ook een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of het verzoek tot verlenging van de ontruimingsbescherming dient te worden gehonoreerd: “*Het verzoek wordt slechts toegewezen indien de belangen van de huurder en van de onderhuurder aan wie bevoegdlijk is onderverhuurd, door de ontruiming ernstiger worden geschaad dan die van de verhuurder bij voortzetting van het gebruik door de huurder (...)*.” De toevoeging van de ‘bevoegdlijk onderhuurder’ is nieuw ten opzichte van het art. 28 c e.v. Huurwet (oud). Nu de ‘bevoegde onderhuurder’ op diverse plaatsen in de wetgeving een plek heeft verworven, is het ook logisch dat ook in dit artikel deze onderhuurder een rol gaat spelen. Deze onderhuurder heeft evenwel niet het recht om tot een verzoekschriftprocedure tot verlenging van de ontruimingsbeschermingsperiode over te gaan indien de hoofdverhuurder de hoofdhurovereenkomst heeft opgezegd en de ontruiming heeft aangezegd.⁶⁶

5. Samenvatting

Met name de bevoegde onderhuurder heeft enige rechten gekregen in titel 7.4. Veelal wordt de hoofdverhuurder geconfronteerd met deze rechten van de bevoegde onderhuurder. De hoofdverhuurder dient zich dan ook te beseffen welke consequenties het met zich brengt als hij goedkeuring geeft voor enige onderverhuur.

Ondanks dat de (overwegend bevoegde) onderhuurder deze rechten heeft gekregen, blijft het bestaan van de onderhuur-

overeenkomst afhankelijk van het bestaan van de hoofdhurovereenkomst, reden waarom de positie van de onderhuurder niet (per sé) rooskleurig is. Weliswaar kan de onderhuurder in de regel zijn schade bij beëindiging van de hoofdhurovereenkomst verhalen op de onderverhuurder, een onderhuurder zou niet moeten willen dat hij onverhoeds geconfronteerd wordt met een beëindiging van de hoofdhurovereenkomst en ontruiming van het gehuurde. Ook de onderverhuurder zou niet moeten willen dat de onderhuurder in het ongewisse wordt gelaten wat betreft zijn rang in de (eventuele) keten van huurovereenkomsten. Het is daarom aan te bevelen dat de onderverhuurder de onderhuurder informeert over zijn status als onderhuurder en als dat niet gebeurt, de onderhuurder onderzoekt welke status hij mogelijk heeft. Zo kan het een aanwijzing zijn dat er sprake is van een onderhuurovereenkomst als de verhuurder niet de juridische eigendom heeft van de te verhuren onroerende zaak.

Verder is het aan te bevelen dat partijen bij het formuleren van de onderhuurovereenkomst, zich bewust zijn van de positie van de onderverhuurder en van de onderhuurder en van hetgeen is bepaald in de hoofdhurovereenkomst. Veel ogenschijnlijk onaanvaardbare risico's die gepaard gaan met onderhuur kunnen dan aanvaardbaar worden, zo partijen hierover een deugdelijke regeling treffen in de onderhuurovereenkomst.

– zonder goedkeuring van de sector kanton – overeenkomsten dat de looptijd van de onderhuurovereenkomst iedere willekeurige looptijd kent teneinde aansluiting te zoeken bij de looptijd van de hoofdhurovereenkomst. Doen partijen dat wel, dan is die looptijdbepaling vatbaar voor vernietiging.

62. Zie bv. Ktr. Utrecht 10 oktober 2008, *LJN* BF9090; Ktr. Eindhoven 10 februari 2009, *LJN* BH4055; Ktr. Den Bosch 22 juli 2009, *LJN* BJ4275. Anders: Ktr. Den Bosch 1 februari 2010, *LJN* 5204; Ktr. Den Bosch 23 december 2009, *LJN* BL5207 (kantonrechter wees partijen wel op het bepaalde in 7:306 BW, doch partijen motiveerden expliciet waarom zij een afwijking op de termijnen wensten en de kantonrechter honoreerde het verzoek.)
63. Zie N. Eeken, ‘Goedkeuring van afwijkende bedingen’, *TvHB* 2011/1, p. 6-17; anders zie A. de Fouw, ‘Kroniek Toetsing van afwijkende bedingen’, *TvHB* 2010/2, p. 64-68.
64. Zie Hof Amsterdam 8 september 2009, *WR* 2010, 57 (m.nt. W. Raas).
65. Zie N. Eeken, ‘Goedkeuring van afwijkende bedingen’, *TvHB* 2011/1, p. 6-17. De criteria zijn: 1) het beding tast de rechten van titel 7.4.6 van de huurder niet wezenlijk aan of 2) de maatschappelijke positie van de huurder in vergelijking met die van de verhuurder is zodanig dat hij de bescherming van titel 7.4.6 in redelijkheid niet behoeft (zie art. 7:291 lid 2 BW).
66. Deze onderhuurder zou wel de onderverhuurder, die niet voornemens is een verlengingsverzoek in te dienen, in een voorlopige voorziening kunnen ‘dwingen’ een verzoek tot verlenging van de ontruimingsbeschermingstermijn.