

Reikwijdte opleveringsverplichtingen verhuurder en huurder

mr. I.C.K. Mol en mr. E.H.H. Schelhaas*

1. Inleiding

Zowel verhuurder als huurder worden geconfronteerd met een verplichting om het gehuurde op te leveren. De verhuurder in beginsel bij aanvang van de looptijd van de huurovereenkomst en de huurder in beginsel aan het einde van die looptijd. De reikwijdte van deze opleveringsverplichting wordt zowel bepaald door hetgeen partijen met elkaar zijn overeengekomen als door het wettelijk kader. Deze reikwijdte is niet altijd eenvoudig vast te stellen. In dit artikel zal stil worden gestaan bij de omvang van zowel deze opleveringsverplichtingen als bij onderwerpen die ons inziens hiermee verband houden.

In een voorkomend geval zullen wij verwijzen naar bepalingen in de bij verhuur van (bedrijfs)ruimten veel toegepaste algemene voorwaarden, opgesteld door de Raad voor Onroerende Zaken, die wij zullen aanduiden met 'ROZ kantoorruimte 2003' respectievelijk 'ROZ Winkelruimte 2008'.¹ De wettelijke term 'veranderingen en toevoegingen'² zullen wij ook wel aanduiden met 'wijzigingen'.

2. Omvang opleveringsverplichting verhuurder bij aanvang van de huurovereenkomst³

De opleveringsverplichting van de verhuurder bestaat uit verschillende componenten. Deze zullen hierna worden uitgewerkt.

2.1 Terbeschikkingstelling gehuurde

Afdeling 2 van titel 7.4 BW bevat een uiteenzetting van de verplichtingen van de verhuurder.

Art. 7:203 BW bepaalt dat de verhuurder verplicht is de zaak (het gehuurde) ter beschikking van de huurder te stellen en te laten, voor zover dat voor het overeengekomen gebruik noodzakelijk is. Dit artikel geeft nader invulling aan één van de kenmerken van huur, te weten het verschaffen van het gebruik van een zaak door de verhuurder aan de huurder.⁴

Uit de bewoordingen van art. 7:203 BW volgt dat niet iedere huurovereenkomst verplicht tot aflevering van het gehuurde; beslissend is dat de huurder die beschikking over het gehuurde krijgt, opdat hij er het overeengekomen gebruik van kan hebben.⁵ De verhuurder moet de huurder of een door hem aan te wijzen derde dan ook brengen in een zodanige machtspositie ten opzichte van het gehuurde als waartoe de inhoud van de overeenkomst de verhuurder verplicht.⁶

Wanneer het gehuurde ter beschikking dient te worden gesteld, is afhankelijk van hetgeen partijen hierover met elkaar zijn overeengekomen. Indien de verhuurder het gehuurde niet uiterlijk op de overeengekomen datum ter beschikking

stelt van de huurder, is de verhuurder van rechtswege in verzuim nu hij een fatale termijn heeft overschreden (art. 6:83 sub a BW).⁷ Een ingebrekestelling is dan ook niet meer vereist.

2.2 Huurgenot

Naast de verplichting tot het ter beschikking stellen van het gehuurde aan de huurder, ligt in art. 7:203 BW besloten dat aan de huurder gedurende de periode van het huurcontract het *huurgenot* verschafte dient te worden, met dien verstande dat, aldus de minister van Justitie, art. 7:204 lid 2 BW de

* Mr. I.C.K. Mol is werkzaam als advocaat bij VMBS Advocaten en mr. E.H.H. Schelhaas is werkzaam als advocaat bij Banning N.V.

1. 'Algemene bepalingen huurovereenkomst kantoorruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230a BW', gedeponereerd bij de griffie van de Rechtbank Den Haag onder nummer 72/2003 en de 'Algemene bepalingen huurovereenkomst winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW', gedeponereerd bij de griffie van de Rechtbank Den Haag onder nummer 67/2008, zie: www.roz.nl.
2. Zie art. 7:215 lid 1 BW en art. 7:224 lid 2 BW; de wet spreekt in art. 7:215 lid 4 BW ook over 'veranderingen'.
3. In deze paragraaf zal slechts in hoofdlijnen in worden gegaan op de gebrekenregeling nu in een volgende uitgave van het *TvHB* een artikel wordt gepubliceerd dat exclusief aan dit onderwerp gewijd zal zijn.
4. Zie art. 7:201 lid 1 BW.
5. A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 161, (*Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 13; memorie van toelichting). Gedacht zou ons inziens kunnen worden aan een situatie waarbij de huurder de zaak huurt ten behoeve van gebruik door een derde (een lease auto of een bedrijfsruimte die wordt onderverhuurd).
6. *Asser/Abas (huur)*, 5-II A (2007), nr. 24.
7. HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 451 (Post / Van Kampen), m.nt. P.A. Stein; zie ook Ktr. Bergen op Zoom 23 november 2005, *TvHB* 2007, 9, m.nt. T. Fraai; Hof Leeuwarden 20 april 2010, *WR* 2011, 23. Zie evenwel de in ROZ Kantoorruimte 2003 in art. 22 en de in ROZ Winkelruimte 2008 in art. 29 opgenomen contractuele regeling omtrent 'Niet tijdige beschikbaarheid'. Daarin is kort gezegd bepaald dat bij niet tijdige beschikbaarheid, als gevolg van het feit dat de vorige gebruiker niet tijdig heeft ontruimd of de verhuurder de vergunningen nog niet heeft verkregen, de verplichtingen uit de huurovereenkomst opschuiven.

kern van de wet bevat: 'Deze verplichting⁸ wordt daar samengevat door middel van een omschrijving van de term 'gebrek', die deze korte term geschikt maakt om in de volgende artikelen te worden gebezigd voor alle gevallen waarin de huurder niet het genot verkrijgt dat hij krachtens huur-overeenkomst verwachten mag.'⁹ Art. 7:203 BW en art. 7:204 lid 2 BW zijn dan ook communicerende vaten.

Samenvattend volgt uit deze twee artikelen gezamenlijk dat de verhuurder, voor zover het nodig is voor het overeengekomen gebruik, de cumulatieve verplichtingen heeft om:

- a. bij aanvang van de huur de huurder de beschikking over het gehuurde te verschaffen;
- b. gedurende de huurperiode het gehuurde ter beschikking van de huurder te laten;
- c. zowel bij aanvang als gedurende de looptijd van de huurperiode zorg te dragen voor de kwaliteit van het huurgenot.¹⁰

2.3 Omvang opleveringsverplichting

Als de verhuurder gevolg heeft gegeven aan zijn verplichting het gehuurde ter beschikking te stellen aan de huurder, is hiermee nog niets gezegd over de vraag wat de omvang van de opleveringsverplichting van de verhuurder is en of het gehuurde na oplevering voldoet aan het genot dat de huurder mag verwachten bij het aangaan van de huurovereenkomst.

Bij de beantwoording van deze vragen, speelt het criterium van art. 7:204 lid 2 BW een belangrijke rol. Art. 7:204 lid 2 BW bepaalt het volgende: 'Een gebrek is een staat of eigenschap van de zaak of een andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid, waardoor de zaak aan de huurder niet het genot kan verschaffen dat een huurder bij het aangaan van de overeenkomst mag verwachten van een goed onderhouden zaak van de soort als waarop de overeenkomst betrekking heeft.'

Het criterium van art. 7:204 lid 2 BW¹¹ is een geobjectieerd criterium waarbij geabstraheerd wordt van de specifieke omstandigheden: bepalend is immers welk genot een huurder bij het aangaan van de huurovereenkomst mag verwachten van een soortgelijke goed onderhouden zaak. Deze bepaling is in beginsel regelend recht, zodat partijen hiervan – behoudens voor woonruimte¹² – kunnen afwijken.¹³

Art. 7:209 BW bepaalt weliswaar dat niet ten nadele van de huurder kan worden afgeweken van art. 7:206 leden 1 en 2, art. 7:207 en art. 7:208 BW voor zover het gaat om gebreken die de verhuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst kende of behoorde te kennen. Dit artikel bepaalt evenwel niet dat van art. 7:204 BW niet mag worden afgeweken. De strekking van art. 7:209 BW is om vrijtekening uit te sluiten voor gebreken die de verhuurder kende of behoorde te kennen en die de huurder niet hoefde te verwachten, in de regel, omdat hij ze niet kende.¹⁴ In de parlementaire geschiedenis is daartoe het volgende overwogen: '(...) Door bij het aangaan van de overeenkomst de huurder bekend te maken met bestaande of mogelijke tekortkomingen van het gehuurde en hem aldus behoorlijk voor te lichten kan de verhuurder voorkomen dat tekortkomingen van het gehuurde een gebrek in de zin van artikel 204 lid 2 opleveren.¹⁵ Bij de vraag of er een gebrek is, komt het immers aan op wat de huurder mocht verwachten, waarbij mede van belang is op wie de verplichting tot onderhoud is gelegd. Voor de vraag wat de huurder mocht verwachten, kan, aldus de memorie van toelichting bij artikel 209, ook een beding van belang zijn dat de verhuurder ontslaat van zijn verplichting tot on-

derzoek naar tekortkomingen en in plaats daarvan aan de huurder een bevoegdheid tot een dergelijk onderzoek geeft. Ook als gevolg van een dergelijk beding zal de huurder, die dit onderzoek nalaat, geen zaak mogen verwachten zonder tekortkomingen van de soort als bij onderzoek aan het licht zouden zijn gekomen. Ook dit is van belang voor de vraag of nog van een gebrek in de zin van artikel 204 lid 2 en dus van artikel 209 sprake kan zijn (...)'.¹⁶

Een afwijking van de gebrekenregeling kan besloten liggen in de aard van de overeenkomst, door bijvoorbeeld een lage huurprijs overeen te komen in verband met de gebrekkige staat van het gehuurde.¹⁷ Partijen kunnen eveneens een

8. Bedoeld wordt de verplichting tot het verschaffen van het huurgenot.
9. A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 183 (*Kamerstukken I* 2001/02, 26 089, nr. 162, p. 8 onder 4; memorie van antwoord).
10. Zie ook A.M. Kloosterman 2011, *Sdu Commentaar Huurrecht*, art. 7:203, C.4, die deze verplichtingen in een schema neerlegde.
11. Zie nader J.M. Winter-Bossink, 'Kroniek gebreken', *TvHB* 2010, p. 19 e.v.
12. Zie art. 7:242 BW.
13. A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 170 (*Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 1-9; memorie van toelichting). Bijvoorbeeld in de ROZ bepalingen is het geobjectieerde begrip weggecontracteerd, zie ROZ Kantoorruimte 2003 art. 3 en ROZ winkelruimte 2008 art. 2.
14. A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 244 (*Kamerstukken II* 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 13; nota naar aanleiding van het verslag). Zie bijvoorbeeld ook Ktr. Utrecht 14 december 2005, *WR* 2006, 46 waarin een beroep op vernietiging van de exonatieclausule niet slaagde omdat de huurder bij het aangaan van de huurovereenkomst bekend was met de lekkages; partijen hadden concrete afspraken over herstel gemaakt.
15. Zie bijvoorbeeld Ktr. Delft 20 december 2007, *TvHB* 2008, 12, waarin de verhuurder de huurder voorafgaande aan het sluiten van de huurovereenkomst niet had geïnformeerd over de, bij de verhuurder bekend zijnde, windhinder in het winkelcentrum. De windhinder kwalificeerde dan ook als een gebrek ex art. 7:204 lid 2 BW.
16. A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 243 (*Kamerstukken II* 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 13; nota naar aanleiding van het verslag).
17. De minister noemde als voorbeeld de huur van een bouwvallige schuur tegen een lage prijs. In dat geval mag worden aangenomen, aldus de minister, dat het de bedoeling van partijen is geweest dat de huurder niet mocht verwachten dat het om een goed onderhouden zaak zou gaan en dat deze zich ermee heeft verenigd dat op de verhuurder geen verplichting tot herstel rust. A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 170 (*Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 1-9; memorie van toelichting). In verband met de mogelijkheid om van art. 7:204 lid 2 BW af te wijken wordt ook nog verwezen naar *Kamerstukken I* 2002/03, 26 089, nr. 50, onderdeel 13 (Brief van de Minister).

andere definitie van het begrip ‘gebrek’ overeenkomen¹⁸ of kunnen het begrip buiten toepassing verklaren. Ook kunnen partijen overeenkomen dat (een) bepaalde situatie(s) niet als een gebrek, in de zin van art. 7:204 lid 2 BW, kwalifice(e)r(t)(en)¹⁹ en kunnen partijen contractueel de verwachtingen van de huurder met betrekking tot het gehuurde vastleggen.²⁰ Partijen kunnen eveneens overeenkomen dat de staat van onderhoud anders mag zijn dan die van een goed onderhouden zaak.²¹

Partijen kunnen zowel expliciet als stilzwijgend een afwijkende regeling overeenkomen.²²

Deze mogelijkheid om een afwijkende regeling overeen te komen is niet onbeperkt; partijen kunnen immers niet afwijken van semi-dwingende regelgeving (zie art. 7:206 lid 3 BW). In de rechtspraak wordt bij de beantwoording van de vraag of een bepaalde omstandigheid kwalificeert als een ‘gebrek’ ook de wetenschap van de huurder meegewogen.²³ Vanuit bewijstechnisch perspectief verdient het evenwel aanbeveling om een afwijking van art. 7:204 lid 2 BW of een specifieke verwachting van de huurder expliciet schriftelijk overeen te komen (bijvoorbeeld in de huurovereenkomst of in het proces-verbaal van oplevering), teneinde te voorkomen dat partijen verzanden in welhaast onmogelijke, of in ieder geval veelal frustrerende, discussies over de bedoeling van partijen.²⁴

Samenvattend

De omvang van de opleveringsverplichting van de verhuurder dient te worden vastgesteld aan de hand van de inhoud van de huurovereenkomst, de bedoeling van partijen en het bepaalde in art. 7:204 lid 2 BW (welk begrip gesubjectieerd kan worden, afhankelijk van hetgeen partijen in de specifieke situatie met elkaar zijn overeengekomen).²⁵ Indien partijen niets anders overeenkomen geldt de geobjectieerde norm van art. 7:204 lid 2 BW.

3. De opleveringsverplichting van de huurder bij het einde van de huurovereenkomst

De huurder dient bij het einde van de huurovereenkomst het gehuurde weer ter beschikking te stellen aan de verhuurder conform het bepaalde in art. 7:224 BW.

Dit artikel bepaalt: ‘1. De huurder is verplicht het gehuurde bij het einde van de huur weer ter beschikking van de verhuurder te stellen. 2. Indien tussen de huurder en verhuurder een beschrijving van het verhuurde is opgemaakt, is de huurder gehouden de zaak in dezelfde staat op te leveren waarin deze volgens de beschrijving is aanvaard, met uitzondering van geoorloofde veranderingen en toevoegingen en hetgeen door ouderdom is teniet gegaan of beschadigd. Indien geen beschrijving is opgemaakt, wordt de huurder, behoudens tegenbewijs, verondersteld het gehuurde in de staat te hebben ontvangen zoals deze is bij het einde van de huurovereenkomst.’

Kort gezegd dient het gehuurde, behoudens andersluidende afspraken, in de oorspronkelijke staat ter beschikking te worden gesteld (welke staat behoudens tegenbewijs blijkt uit de beschrijving) en vrij van voor rekening van de huurder komende gebreken.

3.1 Overgangsrecht

Het in art. 7:224 lid 2 BW bepaalde aangaande het bewijs dat de opnamestaat levert en het feit dat geoorloofde wijzigingen achter mogen blijven, bestond nog niet onder het oude recht. Art. 7:224 lid 2 BW is dan ook niet van toepassing op huurovereenkomsten die gesloten zijn voor 1 augustus 2003.²⁶ Voor huurovereenkomsten van voor 1 augustus 2003 zijn de regels van art. 7a:1598 en art. 7a:1599 BW (oud) blijven gelden.

Uitsluitend art. 7:224 lid 1 BW is zowel van toepassing op huurovereenkomsten die gesloten zijn voor 1 augustus 2003 als op huurovereenkomsten die op of na die datum zijn gesloten.²⁷

18. Zie Ktr. Deventer, 17 april 2008, *WR* 2009, 35. Zie bijvoorbeeld ook de ROZ voorwaarden waarin telkens wordt afgeweken van het begrip gebrek in die zin dat het begrip subjectief is geformuleerd. (ROZ Kantoorruimte 2003, art. 3; ROZ Winkelruimte 2008, art. 2.) Deze subjectieve benadering komt terug in het ontwerp voor een Nieuw BW van prof. mr. E.M. Meijers (Ontwerp Houwing), zie A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 164 (Toelichting Ontwerp Houwing).
19. Partijen kunnen bijvoorbeeld in de overeenkomst vastleggen dat de lekkage ter hoogte van een bepaalde locatie in het gehuurde niet kwalificeert als een gebrek als bedoeld in de zin van art. 7:204 lid 2 BW.
20. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 24 februari 2009, *WR* 2009, 80, waarin verhuurd was een bedrijfsruimte, maar de bestemmingsbepaling inhield dat het gehuurde uitsluitend als restaurantbedrijf mocht worden gebruikt. Het gerechtshof overwoog dat de huurder uit de bestemmingsbepaling niet mocht afleiden dat het gehuurde (de bedrijfsruimte) zonder meer geschikt was om te worden gebruikt als restaurantbedrijf. Zie in dit verband ook de volgende uitspraken: Ktr. Utrecht 27 januari 2010, *TvHB* 2010, 4, m.nt. R. de Vries; Ktr. Haarlem 24 mei 2006, *LJN* AX9225. Het arrest van het Hof Amsterdam 27 april 2010, *WR* 2010, 124 betrof een kwestie waarin de huurder bij het aangaan van de huurovereenkomst informatie had ontvangen over het ontbreken van luchtkoelingsapparatuur, zodat de huurder in redelijkheid niet mocht verwachten dat het gehuurde zonder voorzieningen van haar kant te allen tijde redelijk koel zou blijven.
21. Zie J.M. Heikens, ‘De nieuwe ROZ-bepalingen winkelruimte (versie 2008)’ in *WR* 2008, 119, die stelt dat het veeleer de bedoeling van de wetgever lijkt te zijn geweest om afwijkingen van de gebrekenregeling bij bedrijfsruimte alleen mogelijk te maken via de band van art. 7:209 BW.
22. Zie over het begrip ‘gebrek’ ook de lezenswaardige conclusie van A-G J.L.R.A. Huydecoper bij het arrest van de HR 3 september 2010, *LJN* BM3980 (KPN / Tamminga).
23. Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof Amsterdam 1 juni 2006, *WR* 2007, 24.
24. Zie Gerechtshof Arnhem 15 februari 2011, *PRG* 2011, 92 waarin de huurder stelde dat partijen een branchebeschermingsbepaling waren overeengekomen. Het Gerechtshof nam een dergelijke bepaling niet aan nu nergens uit volgde dat partijen zulks waren overeengekomen.
25. Zie verder J.L.R.A. Huydecoper, *De Groene Serie Privaatrecht, Huurrecht*, art. 7:204 BW, aant. 18 en 19.
26. Zie art. 208b Ow NBW, de art. 7a:1589-1599 BW blijven hierop van toepassing, zie ook Hof Den Bosch 11 juli 2006, *LJN* AY9627, overigens m.b.t. woonruimte.
27. Art. 68a lid 1 Ow NBW.

3.2 De beschrijving

Een belangrijke rol wordt toegedicht aan de beschrijving, oftewel de opnamestaat bij aanvang van de huurovereenkomst. De wet bepaalt dat sprake is van een (weerlegbaar) vermoeden dat inhoudt dat indien een beschrijving bij aanvang van de huur ontbreekt de staat bij het einde van de huur gelijk is aan de staat bij aanvang van de huur. Ten aanzien van bedrijfsruimte wordt echter in de regel contractueel afgeweken van deze wettelijke regeling. Veelal wordt contractueel overeengekomen dat het gehuurde bij gebreke van een opnamestaat bij aanvang van de huurovereenkomst geacht wordt zich in goede staat te hebben bevonden.²⁸

Als een beschrijving van het gehuurde ontbreekt, wordt de huurder, aldus de wettekst, behoudens *tegenbewijs*, verondersteld het gehuurde in de staat te hebben ontvangen zoals deze is bij het einde van de huurovereenkomst. De wetgever lijkt het oog te hebben gehad op het leveren van tegenbewijs waarbij het bewijsvermoeden (slechts) behoeft te worden ontzenuwd.²⁹ Betoogd wordt wel, met een beroep op de parlementaire geschiedenis, dat de wetgever bedoelde dat de verhuurder dient te *bewijzen* dat de staat bij aanvang een andere was dan bij het einde van de huurovereenkomst, zodat het begrip 'tegenbewijs' ten onrechte in lid 2 staat opgenomen.³⁰ Evenwel spreekt de wettekst daarentegen duidelijk over 'tegenbewijs'.³¹

3.3 De relatie met art. 7:218 BW

Art. 7:218 lid 3 bepaalt: *'Onverminderd artikel 224 lid 2 wordt de huurder vermoed het gehuurde in onbeschadigde toestand te hebben ontvangen.'*

Deze verwijzing naar art. 7:224 lid 2 BW is later bij amendement³² toegevoegd. De vraag rijst wat de verhouding met art. 7:224 lid 2 BW is. In de parlementaire geschiedenis³³ wordt opgemerkt: *'Is geen beschrijving gemaakt, dan wordt in afwijking van artikel 218 lid 3 vermoed dat de huurder de zaak in de staat heeft ontvangen zoals deze is bij het einde van de huur.'*

Uit de later toegevoegde verwijzing naar art. 7:224 lid 2 wordt wel afgeleid dat art. 7:218 lid 3 BW een dode letter is geworden.³⁴ Het komt ons voor dat, indien de passage omtrent het ontbreken van de opnamestaat in art. 7:224 lid 2 BW is 'weg gecontracteerd', een beroep op art. 7:218 lid 3 BW tot de mogelijkheden behoort.

De Kantonrechter Rotterdam³⁵ leidde uit art. 7:218 lid 3 BW af dat de schade aan een penthouse, aangericht door een hennepkwekerij, niet onder het bewijsvermoeden van art. 7:224 lid 2 BW viel. Er was geen opnamestaat opgemaakt. Het is de vraag of, gezien het vorenstaande, deze redenering correct is. De kantonrechter had naar onze mening beter kunnen oordelen dat het wettelijk vermoeden van art. 7:218 lid 2 BW hier was weerlegd, gelet op de aard van de schade waarvan vaststond dat deze was ontstaan door de hennepkwekerij en gelet op het feit dat vaststond dat die kwekerij na de huuringangsdatum in het gehuurde was aangebracht.

3.4 Tekortschieten door en verzuim van de huurder

Een huurder kan als volgt tekortschieten in de nakoming van zijn opleveringsverplichting:

- de huurder heeft door hem aangebrachte wijzigingen niet ongedaan gemaakt;³⁶
- de huurder is zijn onderhoudsverplichting niet nagekomen;

- er is sprake van schade aan het gehuurde;
- de huurder levert te laat op.

Onder omstandigheden kan het gebruikmaken van een bevoegdheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.³⁷ Zo kan ook het beroep van de verhuurder op herstel in de oude staat dan wel vergoeding van de kosten die de verhuurder heeft moeten maken om het gehuurde in de oude staat te brengen onaanvaardbaar zijn. De toepassing hiervan valt met name bij woonruimte te vinden en is sterk casuïstisch. Het Hof Amsterdam³⁸ oordeelde dat de verhuurder wel herstel in de oude staat mocht verlangen. De woning was, aldus het hof, in de visie van de huurder gemoderniseerd maar dat behoefde nog geen objectieve verbetering te zijn. Soms slaagt een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, maar hiervoor dient de huurder wel het nodige te stellen en te bewijzen.³⁹ De vraag of een sommatie noodzakelijk is om het verzuim van de huurder te doen intreden als die huurder het gehuurde

28. ROZ kantoorruimte 2003 art. 10.1.2 en ROZ winkelruimte 2008 art. 24.2.

29. Zie voor een toepassing (in een niet-huurzaak): HR 2 mei 2003, *NJ* 2003, 468.

30. Zie C.L.J.M. de Waal in *WR* 2011, 29, in een noot onder Hof Den Haag 16 november 2010.

31. In HR 24 september 2010, *TvHB* 2010, 24 (Toko Mitra), m.nt. F. Borst (*NJ* 2010, 649), overwoog de Hoge Raad dat aansluiting gezocht diende te worden bij de letterlijke bewoordingen van de wettekst, nu afwijking (omdat in de parlementaire geschiedenis een afwijkende stelling lijkt te zijn ingenomen) op grond van de bedoeling van de wetgever onvoldoende is om een met het duidelijke in art. 7:296 BW neergelegde stelsel onverenigbare uitleg van die bepaling te aanvaarden (zie r.o. 3.5). Het is de vraag of de Hoge Raad over het begrip 'tegenbewijs' eender zal oordelen, zo zij deze vraag voorgelegd krijgt.

32. A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 312 (*Kamerstukken II* 2000/01, 26 089, nr. 9; amendement van het lid van Gent).

33. A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 360 (*Kamerstukken I* 2001/02, 26 089, nr. 162, p. 42; memorie van antwoord).

34. J.K. Six-Hummel, *Groene Serie Privaatrecht, Huurrecht*, art. 7:218 BW, aant. 15 en voorts A.R. de Jonge, *Huurrecht*, 5e druk, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2009, p. 186.

35. Ktr. Rotterdam 15 december 2005, *LJN* AU8631, vergelijk Hof Den Haag 16 november 2010, *WR* 2011, 29, m.nt. C.L.J.M. de Waal.

36. Het is ook denkbaar dat de huurder de door hem aangebrachte wijzigingen ten onrechte - omdat partijen zijn overeengekomen dat de huurder de voorziening zou achterlaten - wel heeft weggehaald.

37. Art. 6:248 lid 2 BW, zie hiervoor onder meer HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 363 (Kinderdagverblijf Snoopy).

38. Hof Amsterdam 4 november 2004, *WR* 2005, 105, met name r.o. 4.2.8.

39. Zie bijvoorbeeld Ktr. Rotterdam 6 juni 1989, *WR* 1989, 82; Ktr. Rotterdam 6 februari 1990, *WR* 1990, 52; Ktr. Haarlem 4 december 1991, *Rechtshulp TvRH* 1992, 5, p. 23-27. Zie voorts de conclusie van A-G Keus bij het arrest HR 7 oktober 2005, *WR* 2006, 1, r.o. 2.4.

niet of niet correct heeft opgeleverd op het tijdstip waarop de huurovereenkomst eindigt, is door de Hoge Raad beantwoord in zijn arrest van 27 november 1998 (Van der Meer / Beter Wonen).⁴⁰ Uit dit arrest volgt dat een huurder van rechtswege in verzuim is, indien hij het gehuurde niet op de datum waarop de huurovereenkomst eindigt, in goede staat aan de verhuurder ter beschikking stelt. De Hoge Raad overweegt: '3.3 (...) De huurder - die ingevolge art. 7A:1600 BW aansprakelijk is voor schade aan de gehuurde zaak, tenzij hij bewijst dat deze niet is ontstaan door een hem toerekenbare tekortkoming - is verplicht de zaak bij het einde van de huurovereenkomst in goede staat terug te geven. Deze verplichting, die niet kan worden gesplitst in een verplichting tot teruggave van de gehuurde zaak en een eventuele verplichting die zaak in goede staat te brengen, kan naar haar aard slechts worden nagekomen op het tijdstip waarop de huurovereenkomst eindigt. Is deze verplichting dan niet nagekomen, dan is de huurder in verzuim: daarvoor is niet een ingebrekestelling vereist, nu deze ertoe strekt de schuldenaar nog een laatste termijn voor nakoming te geven en aldus nader te bepalen tot welk tijdstip nakoming nog mogelijk is zonder dat van een tekortkoming sprake is (...).'

En voorts: 'De rechtbank heeft geoordeeld dat, de functie van een voorafgaande inspectie in aanmerking genomen, in dit geval niet alle door de woningbouwvereniging gemaakte herstelkosten als schadevergoeding van Van der Meer kunnen worden gevorderd, maar slechts die kosten die Van der Meer zelf had moeten maken om de woning in goede staat op te leveren. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering.'

Om verzuim van de huurder te bewerkstelligen, is dus geen ingebrekestelling nodig nu deze verplichting uit de wet voortvloeit.⁴¹

Het is de verhuurder evenwel niet aan te bevelen uitsluitend af te wachten tot het moment van eindoplevering van het gehuurde. Uit dit arrest volgt namelijk ook dat het aan te raden is de huurder voorafgaande aan de datum van de eindoplevering ervan in kennis te stellen welke zaken de huurder dient te herstellen. Dit kan door de huurder voorafgaand aan de eindoplevering schriftelijk (al dan niet door middel van een sommatie) hiervan in kennis te stellen, dan wel door op voorhand een gezamenlijke voorinspectie te laten plaatsvinden in het gehuurde. Heeft de verhuurder zulks nagelaten en heeft de huurder het gehuurde niet op een juiste wijze opgeleverd, dan is de aansprakelijkheid van de huurder beperkt tot de kosten die de huurder zelf had moeten maken om het gehuurde in een juiste staat op te leveren.⁴² Een sommatie tot herstel, of ten minste een proces-verbaal van een voorinspectie waaruit blijkt wat de huurder nog moet doen, blijft dan ook een must voor een verhuurder.

Een beroep van de huurder op het ontbreken van een sommatie kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.⁴³ Denkbaar is dat deze situatie zich voordoet indien op voorhand duidelijk is dat de huurder toch niet (snel genoeg) zal nakomen.

Ad a: wijzigingen ongedaan maken

In het vorenstaande hebben wij al aangegeven dat de huurder de geoorloofde wijzigingen mag achterlaten tenzij – kort gezegd – contractueel anders is bepaald⁴⁴ of de rechter bij het verlenen van een machtiging anders heeft bepaald.

Iets anders is dat het voor een verhuurder niet altijd eenvoudig is om aan te tonen dat een huurder een wijziging heeft aangebracht. Dit is met name het geval bij langlopende huurovereenkomsten (waarop vaak nog oud recht van toepassing is) en indien partijen geen gedetailleerde opnemestaats zijn overeengekomen. Het Hof Amsterdam⁴⁵ belastte de verhuurder bijvoorbeeld met het bewijs van haar stelling dat de aanwezige systeemplafonds en overige voorzieningen door de huurder waren overgenomen van de vorige huurder. Die voorzieningen waren bij de aanvang van de huurovereenkomst reeds aanwezig. In de huurovereenkomst was wel opgenomen dat de overgenomen voorzieningen door de huurder bij het einde van de huur weggenomen dienden te worden, maar niet gespecificeerd was welke voorzieningen het exact betrof.

Ad b: de huurder is zijn onderhoudsverplichting niet nagekomen

De huurder heeft, behoudens andersluidende afspraken, in ieder geval de verplichting de kleine en dagelijkse herstellingen van art. 7:217 BW te verrichten. Daarnaast kan in de huurovereenkomst een afwijkende (al dan niet verdergaande) onderhoudsverplichting van de huurder zijn opgenomen. Uiterlijk bij het einde van de huur kan worden geconstateerd of de huurder deze verplichting is nagekomen.

Ad c: Schade

Bij het einde van de huurovereenkomst kan blijken of sprake is van schade aan het gehuurde, voor het verhelpen waarvan de huurder verantwoordelijk is.

Art. 7:218 BW, leden 1 en 2, bepaalt: '1. De huurder is aansprakelijk voor schade aan de verhuurde zaak die is ontstaan door een hem toe te rekenen tekortschieten in de nakoming van een verplichting uit de huurovereenkomst. 2. Alle schade wordt vermoed daardoor te zijn ontstaan, behoudens brandschade en, in geval van huur van een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan, schade aan de buitenzijde van het gehuurde.'

Lid 1 van dit artikel is enigszins een open deur nu dit ook al voortvloeit uit art. 6:74 BW.

40. HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 380. Het vermoeden van art. 7:224 lid 2 BW vloeit overigens voort uit het amendement van Van Gent (Groen Links), *Kamerstukken II* 2000/01, 26 089, nr. 9, zie hiervoor A.R. de Jonge en E.E. de Wijckerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 360.
41. Art. 7:224 lid 1 BW, de Hoge Raad oordeelde in Van der Meer / Beter Wonen overigens over art. 7a:1600 BW (oud).
42. Zie voor een toepassing van het arrest van de Hoge Raad Van der Meer / Beter Wonen bijvoorbeeld Ktr. Winschoten 22 maart 2011, *LJN* BQ2358 en Ktr. Brielle 2 september 2008, *LJN* BF1335 (de verhuurder had zich onvoldoende ingespannen het adres van huurder te achterhalen om deze te sommeren).
43. HR 28 november 2003, *NJ* 2004, 237 (Van der Heijden / Bubbels), onder verwijzing naar HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003, 257, zie voorts HR 22 oktober 2004, *NJ* 2006, 597 (Endlich / Bouwmachines) omtrent verhuurde steigermaterialen.
44. In ROZ kantoorruimte 2003 art. 10.1.4 en in ROZ winkelruimte 2008 in art. 24.4.
45. Gerechtshof Amsterdam 7 december 2010, *LJN* BP0320.

Lid 2 bevat, net als art. 7:224 lid 2 BW ten aanzien van het ontbreken van een beschrijving, een (weerlegbaar) bewijsvermoeden. Bodemverontreiniging wordt aangemerkt als schade aan de buitenzijde van het gehuurde.⁴⁶

Deze regeling is met name van belang voor schade aan onderdelen van het gehuurde waarvoor de verhuurder onderhoudsplichtig is. Voor schade aan onderdelen van het gehuurde ten aanzien waarvan de huurder de verplichting heeft onderhoud uit te voeren, is huurder reeds om die reden verplicht om de gebreken te herstellen.

Uit art. 7:218 BW vloeit (uiteraard) geen verplichting voort om schade weg te nemen die voor de ingangsdatum is veroorzaakt, zoals milieuschade.⁴⁷ Het is niet altijd eenvoudig om te bepalen wanneer dergelijke schade is ontstaan. Indien een verhuurder aan het einde van de looptijd van de huurovereenkomst wil bewijzen dat de huurder de bodem van het gehuurde heeft verontreinigd, is het aan te bevelen de staat van de bodem bij het aangaan van de huurovereenkomst vast te leggen in een nulmeting, en deze meting deel uit te laten maken van de huurovereenkomst. Tegen het einde van de looptijd kan dan een nieuwe meting plaatsvinden aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of de bodem gedurende de huurperiode is verontreinigd. Ontbreekt een nulmeting, dan zal een verhuurder er een zware (en kostbare) dobber aan hebben om het (tegen)bewijs te leveren dat de bodem bij het aangaan van de huurovereenkomst zich in een andere staat bevond. Het wettelijke bewijsvermoeden werd door het Hof Den Bosch⁴⁸ - terecht - niet van toepassing geoordeeld op een tuinmuur.

Het Gerechtshof Amsterdam⁴⁹ belastte de verhuurder met het bewijs van de stelling dat de schade aan de binnenzijde van de gehuurde woning (binnendeuren, kozijnen) door de huurder was veroorzaakt. Het Hof overweegt echter niets over art. 7:218 lid 2 BW en lijkt deze bepaling over het hoofd te zien.

Schade aan het gehuurde door toedoen van diegenen die zich met goedvinden van de huurder in het gehuurde bevinden, komt eveneens voor rekening van de huurder.

Ad d: de huurder levert te laat op

Art. 7:225 BW bepaalt: *'Houdt de huurder na het einde van de huur het gehuurde onrechtmatig onder zich, dan kan de verhuurder over de tijd dat hij het gehuurde mist, een vergoeding vorderen gelijk aan de huurprijs, onverminderd, indien zijn schade meer dan deze vergoeding bedraagt, zijn recht op dit meerdere.'*

In de paragraaf 'schadevergoeding', welke hierna volgt, wordt nader op dit onderwerp ingegaan.

Samenvatting

Een huurder is van rechtswege in verzuim, indien hij het gehuurde niet op de datum waarop de huurovereenkomst eindigt, in goede staat aan de verhuurder ter beschikking stelt. Ontbreekt een sommatie - voorafgaande aan de opleveringsdatum verstrekt aan de huurder - waaruit blijkt welke werkzaamheden de huurder dient uit te voeren of ontbreekt een opname(rapport) waaruit dat blijkt, dan kan de verhuurder slechts aanspraak maken op vergoeding van de kosten die de huurder zou hebben gemaakt om de wijzigingen ongedaan te maken. Ontbreekt een opnamestaat, is het oude recht van toepassing of is het gevolg van het ontbreken van een opnamestaat 'weg gecontracteerd' dan dient het gehuurde in de oorspronkelijke staat aan de verhuurder te worden opgele-

verd, waarbij de huurder vermoed wordt het gehuurde in onbeschadigde staat te hebben ontvangen.

4. De invloed van wijzigingen door de huurder op de opleveringsverplichting van de huurder⁵⁰

Art. 7:215 BW heeft betrekking op de zelfwerkzaamheid van de huurder.

Ten aanzien van niet-woonruimte houdt art. 7:215 BW in dat de huurder niet bevoegd is het gehuurde te wijzigen, tenzij:

- er sprake is van wijzigingen die bij het einde van de huurovereenkomst zonder noemenswaardige kosten ongedaan gemaakt kunnen worden, in welk geval de huurder geen toestemming of vervangende machtiging behoeft (lid 1);
- de verhuurder schriftelijk heeft toegestemd in de wijzigingen (lid 1);
- er sprake is van een vervangende machtiging door de rechter (lid 3).

Bij de oplevering (of eerder) door de huurder kan discussie ontstaan over de vraag of door de huurder aangebrachte wijzigingen moeten worden weggenomen.

Hierbij kunnen zich met name de volgende scenario's voordoen:

- a. de wijzigingen zijn aangebracht met toestemming van de verhuurder;
- b. de wijzigingen zijn aangebracht zonder toestemming van de verhuurder en zonder machtiging van de rechter;
- c. de wijzigingen zijn aangebracht met machtiging van de rechter;
- d. de wijzigingen kunnen worden weggenomen zonder noemenswaardige kosten.

Ad a: de wijzigingen zijn aangebracht met toestemming van de verhuurder

Art. 7:216 lid 2 BW bepaalt, in afwijking van het oude recht,⁵¹ dat de huurder geoorloofde wijzigingen niet ongedaan hoeft te maken.

Een verhuurder kan, nog los van het bepaalde in de huurovereenkomst, aan het verlenen van toestemming voorwaarden verbinden, zoals wegname bij het einde van de huurovereenkomst of juist de achterlating daarvan.⁵² Kan de huurder met die voorwaarden niet instemmen, dan kan hij

46. *Kamerstukken II* 2000/01, 26 089, nr. 19. p. 31.

47. HR 30 juni 2000, *NJ* 2000, 586 (Gemeente Nuth / Akkermans).

48. Hof Den Bosch 26 september 2006, *LJN* AZ0918, r.o. 4.7.3.

49. Hof Amsterdam 15 september 2009, *LJN* BL1042.

50. In deze paragraaf zal uitsluitend in hoofdlijnen art. 7:215 BW worden behandeld, nu ook aan dit onderwerp een uitvoerig artikel zal zijn gewijd in een volgende uitgave van het *TvHB*.

51. Art. 7a:1599 BW (oud).

52. A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 298 (*Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 26; memorie van toelichting).

een vervangende machtiging vorderen, uiteraard met de onzekerheid of die vordering wordt toegewezen en – indien deze wordt toegewezen – met de mogelijkheid dat de rechter ook voorwaarden aan de machtiging verbindt.⁵³

Art. 7:216 lid 2 BW is regelend recht en hiervan kan dan ook contractueel worden afgeweken. Zo bevatten de ROZ bepalingen⁵⁴ de voorwaarde dat de huurder alle zaken die door de huurder zijn aangebracht bij het einde van de huurovereenkomst dient te verwijderen.

In een voorkomend geval moet de huurder dan ook niet alleen bedingen dat de verhuurder toestemming verleent voor het aanbrengen van de wijzigingen, maar ook dat deze zich akkoord verklaard met de achterlating daarvan (zo gewenst).

Ad b: de wijzigingen zijn aangebracht zonder toestemming van de verhuurder en zonder machtiging van de rechter

Indien wijzigingen zijn aangebracht zonder toestemming van de verhuurder en zonder machtiging van de rechter, is sprake van ongeoorloofde veranderingen, behoudens indien sprake is van de onder sub d te bespreken categorie. De huurder zal de hier bedoelde wijzigingen in principe moeten wegnemen.⁵⁵

Indien de huurder zonder toestemming van de verhuurder wijzigingen aanbrengt aan het gehuurde, dan hoeft de verhuurder niet te wachten tot het einde van de huurovereenkomst om wegname te vorderen.⁵⁶ Dit is ook logisch. Het aanbrengen van wijzigingen zonder toestemming van de verhuurder, levert een tekortkoming op en de wetgever heeft ons inziens niet bedoeld de remedie daartegen pas bij het einde van de huurovereenkomst toepasbaar te laten zijn.⁵⁷ Zie ter illustratie de uitspraak van de voorzieningenrechter Amsterdam⁵⁸ waarin de huurder (van woonruimte) werd veroordeeld om een voorschot te voldoen ter zake de kosten om aangebrachte voorzieningen weg te nemen. De stelling van de huurder dat hij het gehuurde pas bij het einde van de huurovereenkomst in de goede oorspronkelijke staat behoeft de op te leveren, werd verworpen.

De verhuurder kan (al dan niet in reconventie) de ongedaanmaking vorderen of kan de ontbinding van de huurovereenkomst vorderen met ontruiming van het gehuurde.

Ad c: de wijzigingen zijn aangebracht met machtiging van de rechter

Art. 7:215 lid 4 BW bepaalt dat indien de verhuurder geen toestemming voor het aanbrengen van wijzigingen verleent, de huurder kan vorderen dat de rechter hem hiertoe machtigt. Bij woonruimte wordt door de rechter een dergelijke machtiging in ieder geval verleend indien de voorgenomen veranderingen de verhuurbaarheid van het gehuurde niet schaden, dan wel niet leiden tot een waardedaling van het gehuurde. In alle andere gevallen wijst hij de vordering 'slechts' toe indien de veranderingen noodzakelijk zijn voor een doelmatig gebruik van het gehuurde en geen zwaarwichtige belangen van de verhuurder zich daartegen verzetten. Bij woonruimte kan het overigens ook gaan om voorzieningen die het woongenot verhogen.

De term 'noodzakelijk' dient toe te zien op een doelmatig gebruik conform de contractuele bestemming. Dit criterium lijkt redelijk streng.⁵⁹ Evenwel geeft de term 'doelmatig gebruik' de huurder wel enige speelruimte teneinde te beargumenteren dat de wijzigingen noodzakelijk zijn voor 'doelmatig gebruik'. Indien toestemming nodig is van hypo-

theekhouders voor wijzigingen aan het gehuurde, houdt art. 3:265 BW een voorziening in.

De Hoge Raad oordeelde in zijn arrest van 10 maart 1995⁶⁰ dat de rechterlijke machtiging niet achteraf verleend kan worden. Deze leer van de Hoge Raad is streng. Een huurder wordt bij een vordering tot het verkrijgen van een machtiging niet ontvankelijk verklaard, indien de wijzigingen reeds zijn aangebracht. Deze jurisprudentie is echter gewezen onder het oude recht en heeft betrekking op art. 7a:1633 BW (oud). Het is aannemelijk dat deze jurisprudentie onder het huidige recht zijn gelding is blijven behouden, nu de strekking van art. 7:215 lid 3 BW dezelfde is als die van art. 7a:1633 BW (oud) en ook de wettekst grotendeels gelijk is.⁶¹ Het alsnog bij de ter beschikking stelling aan het einde van de huurovereenkomst vorderen van een machtiging, is volgens de leer van de Hoge Raad dan ook niet mogelijk. Overigens zou ons inziens ook te verdedigen zijn dat het achteraf vorderen van een machtiging niet onmogelijk zou moeten zijn, naar analogie geredeneerd van de jurisprudentie welke is gewezen in verband met het vorderen van een machtiging tot indeplaatsstelling (art. 7:307 BW), doch de Hoge Raad heeft anders bepaald.⁶²

Soms wordt een beroep van de verhuurder op het vereiste van een voorafgaande machtiging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geoordeeld.⁶³

Ad d: de wijzigingen kunnen zonder noemenswaardige kosten worden weggenomen

Voor wijzigingen die zonder noemenswaardige kosten kunnen worden weggenomen, is geen toestemming van de verhuurder nodig. Onder 'noemenswaardige kosten' wordt

53. Zoals ook overwogen wordt in *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 098, nr. 6 onder 3, daarbij wordt erop gewezen dat de rechter ook voorwaarden kan verbinden aan een machtiging.
54. ROZ kantoorruimte 2003 art. 10.1.4 en ROZ winkelruimte 2008 art. 24.4.
55. Behoudens een mogelijke toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.
56. Vzr. Rechtbank Arnhem 24 maart 2005, *WR* 2006, 8 (Van Elsland / Bart's Retail).
57. Art. 3:296 BW bepaalt dat nakoming kan worden gevorderd.
58. Vzr. Rechtbank Amsterdam 25 juni 2009, *LJN* BJ3456.
59. Zie bijvoorbeeld Ktr. Breda (voorlopige voorziening), 6 oktober 2006, *LJN* AY9781 die oordeelde dat het niet ging om het doelmatig gebruik.
60. HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 433 (Jos Beeres Distilleerderij).
61. Zie ook J.J. Dammingh in *WR* 2004, 278 die in zijn noot onder HR 25 juni 2004 (Dupomex) onder andere stelt: 'Het ligt mijns inziens voor de hand dat deze (...) redenering ten aanzien van het oude art. 7A:1633 thans ook zal (behoren te) gelden voor de in art. 7:215 lid 1 en 3 BW besloten liggende regeling.'
62. HR 16 juni 1978, *NJ* 1979, 22 (Schellekens / MAVO), bij de beoordeling van de vordering tot het verlenen van een machtiging kan dan (uiteraard) geen gewicht worden toegekend aan het feit dat de wijzigingen al zijn aangebracht. In HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 433, is het beroep op deze redenering echter verworpen.
63. Vzr. Rb. Amsterdam 26 februari 2008, *WR* 2008, 113.

(aldus) de parlementaire geschiedenis verstaan:⁶⁴ *‘Met de wending “zonder noemenswaardige kosten” is aangegeven dat een eventuele verwijdering van de veranderingen of toevoegingen zo eenvoudig dient te zijn, dat het geen kosten meebrengt of zo geringe kosten dat deze voor de verhuurder geen redelijk argument opleveren om tegen het aanbrengen van de verandering of toevoeging bezwaar te maken.’*

Als voorbeeld van zo'n geoorloofde wijziging wordt vervolgens het aanbrengen van wandspiegels met schroeven genoemd en als voorbeeld van wat niet als zodanig kwalificeert het in een andere kleur schilderen van de buitenzijde.⁶⁵ Het kan in de praktijk overigens lastig zijn dat in feite pas achteraf blijkt hoeveel kosten met de verwijdering zijn gemoed zodat dan pas blijkt of die wijziging al dan niet 'geoorloofd' was.

Van art. 7:215 BW mag, zo is in lid 6 bepaald, niet ten nadele van de huurder worden afgeweken, tenzij het de buitenzijde van gehuurde woonruimte betreft. In de parlementaire geschiedenis⁶⁶ wordt hieromtrent opgemerkt: *‘De toevoeging aan lid 6 is welbewust beperkt tot woonruimte. Aan huurders van alle andere gehuurde zaken, waaronder bedrijfsruimte, kan dit niet verboden worden. Voorbeeld: de huurder van een bedrijfsruimte mag in beginsel zonder toestemming van zijn verhuurder een schotelantenne aanbrengen, ook als de bedrijfsruimte in een woonbuurt is gelegen.’*

Bij bedrijfsruimte mag derhalve van de mogelijkheid om deze categorie wijzigingen *aan te brengen* noch ten aanzien van de binnenzijde, noch ten aanzien van de buitenzijde, contractueel worden afgeweken.⁶⁷

Ook ten aanzien van deze wijzigingen wordt, zoal hiervoor al aan de orde is gesteld, veelal contractueel overeengekomen dat deze bij het einde van de huur weggenomen moeten worden, hetgeen als gezegd geoorloofd is nu art. 7:216 BW van regelend recht is.

Samenvatting

Er is sprake van geoorloofde wijzigingen indien de verhuurder hiermee heeft ingestemd, machtiging door kantonrechter is verleend of indien er sprake is van wijzigingen die bij het einde van de huur zonder noemenswaardige kosten kunnen worden weggenomen. Geoorloofde wijzigingen mogen bij de oplevering achterblijven, tenzij contractueel anders is bepaald of de rechter in zijn machtiging anders heeft bepaald. Geoorloofde wijzigingen beperken derhalve de omvang van de opleveringsverplichtingen van de huurder.

5. Het wegneemrecht van art. 7:216 lid 1 BW

5.1 Hoe verhoudt het wegneemrecht van de huurder zich tot zijn opleveringsverplichting bij einde huur? (art. 7:216 lid 1 BW)

Tot het moment van ontruiming heeft de huurder de bevoegdheid de door hem aangebrachte veranderingen en toevoegingen ongedaan te maken.⁶⁸ Dit recht doorbreekt het eigendomsrecht van de verhuurder. Op grond van de wet heeft de eigenaar van een zaak immers ook de eigendom van alle bestanddelen⁶⁹ van die zaak (art. 3:4 jo art. 5:3 BW). In afwijking van deze goederenrechtelijke hoofdregel, mag de huurder derhalve het eigendomsrecht aantasten tot het moment van oplevering van het gehuurde aan de verhuurder. Als de huurder van zijn wegbreekrecht gebruik maakt, dan dient het gehuurde wel in de toestand te worden gebracht die

bij het einde van de huur *redelijkerwijs* in overeenstemming is met de oorspronkelijke. Zoals ook reeds volgt uit de wettekst is het de huurder niet ongelimiteerd toegestaan van het wegneemrecht gebruik te maken. Als de huurder niet in staat is het gehuurde in de hiervoor genoemde toestand te brengen, dan is het de huurder niet toegestaan van zijn initiële wegneemrecht gebruik te maken. Uit de wettekst volgt echter ook dat het niet de bedoeling is dat als van het wegneemrecht gebruik wordt gemaakt, per definitie de oorspronkelijke situatie dient te worden hersteld. Aldus de minister is met de term 'redelijkerwijs' juist aangegeven dat het hier aankomt op een waardering van wat nodig is om de oorspronkelijke toestand die voorgoed verouderd is met de later tot herstel strekkende voorziening op één lijn te kunnen stellen.⁷⁰ Of de huurder werkelijk van zijn initiële wegneemrecht gebruik mag maken, dient dan ook per wijziging te worden beoordeeld.

Het wegneemrecht vult de opleveringsverplichting van de huurder aan het einde van de looptijd van de huurovereenkomst in. Zie ook het bepaalde in art. 7:224 lid 2 BW waarin expliciet is neergelegd dat geoorloofde veranderingen en toevoegingen geen deel uitmaken van de ongedaanmakingsverplichting.

Het wegneemrecht wordt niet doorbroken in geval van een faillissement van de huurder of in geval van een executoriale verkoop.⁷¹

64. A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 269 (*Kamerstukken II 1997/98*, 26 089, nr. 3, p. 24; memorie van toelichting).

65. A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 269 (*Kamerstukken II 1997/98*, 26 089, nr. 3, p. 24; memorie van toelichting).

66. *Kamerstukken II 2002/03*, 28 721, nr. 3, p. 2.

67. Het is de huurder dan ook in principe toegestaan een reclamebord aan de buitenzijde aan te brengen zonder toestemming van de verhuurder, mits deze zonder noemenswaardige kosten door de verhuurder kan worden weggenomen. Anders: zie art. 15.3 ROZ winkelruimte 2008 en art. 6.11.2.3 ROZ kantooruimte 2003 welke de huurder verbieden reclame uitingen aan de buitenzijde van *het gehuurde* aan te brengen. Deze bepalingen zijn ons inziens dan ook in strijd met semi-dwingend recht, en daarom vernietigbaar.

68. Ook wel bekend als het *Ius Tollendi*.

69. Het is niet altijd eenvoudig te bepalen of een bepaalde wijziging kwalificeert als een bestanddeel. De criteria voor 'bestanddeelvorming' zijn: a) hetgeen volgens verkeersopvattingen onderdeel van de zaak uitmaakt (is de hoofdzaak zonder dit bestanddeel incompleet?) of b) zodanige verbondenheid van de zaak met de hoofdzaak dat zij daarvan niet gescheiden kan worden zonder dat beschadiging van betekenis wordt toegebracht aan een der zaken. (art. 3:4 BW); zie onder meer HR 15 november 1991, *NJ* 1993, 316 (Depex / Bergel).

70. A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 298 (*Kamerstukken II 1997/98*, 26 089, nr. 3, p. 26; memorie van toelichting).

71. Zie HR 2 juni 1989, *NJ* 1990, 253 (Cristenhusz / Brunsveld).

Het wegneemrecht is van regelend recht, zodat partijen een afwijkende regeling kunnen overeenkomen. Partijen kunnen bijvoorbeeld afspreken dat de huurder verplicht is alle zaken welke hij aan het gehuurde heeft aangebracht achter te laten in het gehuurde (al dan niet tegen een vergoeding).⁷²

5.2 Is het wettelijk wegneemrecht overdraagbaar?

De huurder heeft, zoals al aangestipt, *tot de ontruiming* de mogelijkheid van zijn wegneemrecht gebruik te maken. Dit klinkt evident, omdat de huurder - uitzonderingen daargelaten - nu eenmaal zijn recht op het gehuurde kwijt is, vanaf het moment dat hij het gehuurde aan de verhuurder heeft opgeleverd.

Als de huurder zijn wegneemrecht niet benut, behoudt⁷³ de verhuurder de eigendom van deze door de huurder aangebrachte voorzieningen. De verhuurder kan voorzieningen dan meeverturen aan de volgende huurder. Wij achten het verdedigbaar dat een verhuurder ook de mogelijkheid heeft om voorzieningen niet mee te verturen (dit ligt genuanceerder bij de verhuur van woonruimte in verband met het bepaalde in art. 7:242 lid 1 BW⁷⁴). Partijen kunnen dan overeenkomen dat een bepaalde voorziening niet tot het gehuurde behoort, maar dat de huurder wel het recht heeft om deze voorziening te gebruiken. Partijen kunnen immers, zie art. 7:201 lid 1 BW, overeenkomen dat een gedeelte van een zaak wordt verhuurd. Het is wel van belang dat het tussen partijen voldoende duidelijk is wat tot het gehuurde behoort en wat niet.⁷⁵

In de praktijk is het al sinds jaar en dag gebruikelijk dat een vertrekkende huurder door hem aan het gehuurde gerealiseerde wijzigingen overdraagt, al dan niet tegen een vergoeding, aan een opvolgende huurder. De vraag dringt zich dan op of deze opvolgende huurder ook over een dergelijk wettelijk wegneemrecht beschikt.

In de parlementaire geschiedenis is aan dit niet-onbelangrijke onderwerp betrekkelijk kort aandacht besteed. Aedes, de Vereniging van Woningcorporaties, en meerdere politieke partijen, verzochten, gelet op de praktijk, de minister uitdrukkelijk een dergelijke overdraagbaarheid op te nemen in de wet. Zulks is om twee redenen geweigerd: enerzijds nu het wegnemingsrecht naar zijn aard niet overdraagbaar is, omdat dit recht voor ontruiming moet worden uitgeoefend, en anderzijds vanuit de principiële grondhouding dat het niet-aanvaardbaar is dat een volgende huurder geconfronteerd wordt met een financiële eis van de vorige huurder voor hetgeen deze aan de woning heeft veranderd. De huurder zal de weg van de actie uit ongerechtvaardigde verrijking richting de verhuurder dienen te bewandelen.⁷⁶

Deze discussie is niet nieuw. Uit een arrest van 1950⁷⁷ kan reeds worden afgeleid dat het wegneemrecht van de huurder een recht is dat afhankelijk is van het huurrecht. Zodra het huurrecht eindigt, komt ook het wegneemrecht te vervallen (zie art. 3:7 jo art. 3:82 BW). Omdat het wegneemrecht accessoir is aan het huurrecht, kan het wegneemrecht niet zelfstandig worden overgedragen (art. 6:83 BW). Dozy en Jacobs⁷⁸ introduceerden een contractueel wegneemrecht in plaats van een wettelijk wegneemrecht. Dit contractuele wegneemrecht werkt als volgt:

- a. de vertrekkende huurder en de verhuurder sluiten een overeenkomst (een derdenbeding ex art. 6:253 BW), waarbij de nieuwe huurder een eigen recht toegekend krijgt om het wegneemrecht van de oude huurder jegens de verhuurder geldend te maken;

- b. de nieuwe huurder dient dit beding te aanvaarden, waardoor hij partij wordt bij die overeenkomst (art. 6:254 lid 1 BW). Hierdoor is het contractuele wegneemrecht overgedragen.

De verhuurder kan ook alleen met de nieuwe huurder een contractueel wegneemrecht overeenkomen met betrekking tot voorzieningen die de vorige huurder achterliet in het gehuurde. De huidige wetgeving staat niet in de weg aan deze oplossing.⁷⁹

Hoe het ook zij: tot op heden is het wettelijk wegneemrecht niet overdraagbaar van de ene huurder op de opvolgende huurder, zonder medewerking van de verhuurder.

Samenvatting

De omvang van de opleveringsverplichting van de huurder wordt mede bepaald door de vraag of en met betrekking tot welke wijziging de huurder een wettelijk wegneemrecht geniet. Als partijen hierover niets anders zijn overeengekomen, dan geniet de huurder dit recht. Dit recht kent evenwel zijn beperkingen. Als de huurder van dit recht gebruik wenst te maken, zal per wijziging beoordeeld moeten worden of de huurder werkelijk dit recht toekomt.

Het is de huurder niet toegestaan van dit recht gebruik te maken, als hij niet in staat is het gehuurde in een dusdanige toestand te brengen dat het bij het einde van de huur *redelijkerwijs* in overeenstemming is met de oorspronkelijke. Bij deze beoordeling komt het aan op een waardering van wat

72. Als partijen een dergelijke afspraak maken, is het aan te bevelen tevens iets overeen te komen over de vraag of de huurder hiervoor een vergoeding krijgt. Denkbaar is ook dat partijen afspreken dat de huurder juist aan de verhuurder een vergoeding dient te betalen voor het mogen achterlaten van die voorziening. Als partijen hierover niets overeenkomen (en ook de overeenkomst hierover niets bepaalt), houdt de huurder de mogelijkheid om een (al dan niet succesvolle) actie uit ongerechtvaardigde verrijking in te stellen.

73. Wij kiezen weloverwogen voor het begrip 'behoudt'. Zodra de huurder wijzigingen aanbrengt aan het gehuurde, trekt deze voorziening na aan het gehuurde en wordt de verhuurder goederenrechtelijk eigenaar van deze voorzieningen (art. 5:3 jo 3:4 BW). Ondanks dat de huurder van zijn wegneemrecht gebruik mag maken, heeft de verhuurder wél de eigendom van die zaken tot het moment waarop de zaken worden weggenomen.

74. Zie A.M. Kloosterman, 'ZAV, oplevering en overname', *WR* 2005, 99.

75. Zie J.K. Six-Hummel, *Groene Serie Privaatrecht, Huurrecht*, art. 7:216 BW, aant. 27.

76. A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 300-304 (*Kamerstukken II 1999/2000*, 26 089, nr. 6, p. 17 e.v.; nota naar aanleiding van het verslag / *Kamerstukken II 2000/01*, 26 089, nr. 19, p. 25 e.v.; voorlopig verslag van de vaste commissie voor volkshuisvesting en (deels) van de bijzondere commissie voor de herziening van het burgerlijk wetboek, *Kamerstukken I 2000/01*, 26 089, nr. 271a, p. 6 e.v.).

77. Zie HR 17 maart 1950, *NJ* 1950, 596.

78. R.A. Dozy / Y.A.M. Jacobs, *Hoofdstukken Huurrecht voor de praktijk*; Deventer: Gouda Quint, 1999, p. 132.

79. Zie ook H.J. Rossel, *Huurrecht algemeen*, Deventer: Kluwer, 2007, p. 389-390.

nodig is om de oorspronkelijke toestand, die voorgoed verouderd is, met de later tot herstel strekkende voorziening op één lijn te kunnen stellen. Het wettelijk wegneemrecht is niet overdraagbaar.

6. Schadevergoeding voor herstelkosten indien de huurder tekortschiet in zijn opleveringsverplichting

6.1 Abstracte / concrete schadeberekening

Indien de huurder tekort is geschoten in de nakoming van zijn opleveringsverplichting dan heeft de verhuurder (naast nakoming) recht op schadevergoeding. Anders dan in het 'reguliere' schadevergoedingsrecht geldt hier geen abstracte schadevergoeding maar een concrete schadevergoeding. Onder 'abstracte schadeberekening' wordt in dit verband verstaan de - naar objectieve maatstaven berekende - kosten, die met het herstel zullen zijn gemoeid, ongeacht de vraag of deze kosten ook daadwerkelijk tot deze hoogte zijn gemaakt.⁸⁰ Concrete schadevergoeding houdt in dat de kosten daadwerkelijk zijn of zullen worden gemaakt. Oftewel: heeft de verhuurder daadwerkelijk kosten gemaakt of zal hij deze werkelijk maken om de opleveringsgebreken te verhelpen? Zo oordeelde de Hoge Raad⁸¹ dat een verhuurder die de kosten van herstel in de oude staat van een appartementencomplex vorderde maar het complex na het einde van de huur ingrijpend had verbouwd, geen schade had geleden. Onder verwijzing naar een aantal eerdere arresten⁸² oordeelde de Hoge Raad dat sprake is van concrete schadevergoeding en het gerechtshof kon oordelen dat de verhuurder geen schade had geleden als gevolg van de tekortkoming van de huurder ten aanzien van zijn opleveringsverplichting.

Deze zaak lijkt sterk op eerdere uitspraken van de Hoge Raad uit 1997⁸³ (geen schade nu de tekortkoming van de huurder niet of nauwelijks invloed had op de verbouwingsplannen van de opvolgend huurder) en 1979⁸⁴ (geen schade als gevolg van de tekortkoming van de huurder, de Staat, nu de opvolgend huurder, Shell, de verplichting had om het pand om te bouwen tot een modern kantoorpand).

Voor een recentere toepassing van dit leerstuk: zie Kantonrechter Haarlem,⁸⁵ die oordeelde dat de vraag of het voorheen gehuurde was verkocht of zou worden herontwikkeld dan wel gesloopt zou worden, van belang is voor de gevorderde opleveringsschade nu het gaat om concrete schadevergoeding.

6.2 Schadevergoeding voor de verhuurder in verband met een vertraagde oplevering

Art. 7:225 BW bepaalt: *'Houdt de huurder na het einde van de huur het gehuurde onrechtmatig onder zich, dan kan de verhuurder over de tijd dat hij het gehuurde mist, een vergoeding vorderen gelijk aan de huurprijs, onverminderd, indien zijn schade meer dan deze vergoeding bedraagt, zijn recht op dit meerdere.'*

De vraag wordt wel gesteld⁸⁶ of een verhuurder bij een vordering op basis van art. 7:225 BW voldoende aannemelijk moet hebben gemaakt dat hij het gehuurde gedurende de periode dat de huurder het voorheen gehuurde onrechtmatig onder zich hield, had kunnen verhuren.

Wij menen dat dit niet het geval is. Art. 7:225 BW lijkt aldus uitgelegd te moeten worden dat sprake is van een gefixeerde minimum schadevergoeding. Bij de verschuldigdheid van wettelijke rente is evenmin van belang of daadwerkelijk schade is geleden.⁸⁷ Dit lijkt ook afgeleid te kunnen wor-

den uit de parlementaire geschiedenis⁸⁸ waarin is overwogen: *'Op één punt is echter een bijzondere regel wenselijk geacht, die meebrengt dat bij te late ontruiming de huurder over de periode tot die ontruiming in elk geval een vergoeding ten bedrage van de huur verschuldigd is.'*

De vergoeding van art. 7:225 BW is beperkt tot de periode dat de huurder het voorheen gehuurde onrechtmatig onder zich heeft gehouden. Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde bij arrest van 7 december 2010⁸⁹ dat de verhuurder tot de datum waarop hij de sleutels had ingeleverd de vergoeding van art. 7:225 BW verschuldigd was. Over de periode nadien oordeelde het gerechtshof dat de huurder op basis van een contractuele regeling een gebruiksvergoeding verschuldigd was over de tijd die nodig was voor de uit te voeren herstelwerkzaamheden, maar niet over de periode dat de verhuurder het herstel had uitgesteld. Hetzelfde gerechtshof overwoog bij arrest van 8 februari 2011⁹⁰ dat de huurder een gebruiksvergoeding verschuldigd was gelijk aan de huurprijs over één maand, te weten de periode dat de verhuurder redelijkerwijs nodig had gehad om de wijzigingen zelf ongedaan te maken.

Het bepaalde in art. 7:225 BW laat onverlet dat de huurder, gedurende de periode dat de verhuurder doende is met het herstel, schadeplichtig is. Evenwel zal de verhuurder dan wel moeten bewijzen dat hij het voorheen gehuurde opnieuw had kunnen verhuren en dus schade heeft geleden (bestaande uit gedeerde huurinkomsten) omdat wederverhuur niet mogelijk was in verband met de herstelperiode. De ROZ voorwaarden bevatten een vergelijkbare regeling die iets verder gaat⁹¹ en die bepaalt dat *'over de tijd die met het herstel is gemoeid'* een vergoeding ter hoogte van de laatstelijk verschuldigde huurprijs dient te worden voldaan, hetgeen het recht op vergoeding van verdere schade onverlet laat. Deze vergoeding is dus ook verschuldigd indien de huurder het voorheen gehuurde niet langer onder zich heeft (om te herstellen) maar de verhuurder het herstel voor zijn rekening neemt. In feite is dit een contractuele boete, waarop de wettelijke regeling van art. 6:91 e.v. BW van toepassing is.

Een andere toepassing van art. 7:225 BW valt te vinden in het arrest van het Hof Amsterdam.⁹² Nadat de verhuurder zich in hoger beroep op art. 7:225 BW beriep, werden haar

80. Voor een toepassing van de abstracte schadeberekening, zie HR 1 juli 1993, NJ 1995, 43 (Den Haag / Schravendijk).

81. HR 3 oktober 2003, NJ 2004, 50 (De Nieuwe Woning / De Staat), L/JN AF9712.

82. HR 23 maart 1979, NJ 1979, 482; HR 10 juni 1988, NJ 1988, 965 en HR 6 juni 1997, NJ 1997, 612.

83. HR 6 juni 1997, NJ 1997, 612.

84. HR 23 maart 1979, NJ 1979, 482.

85. Ktr. Haarlem 23 september 2009, L/JN BJ8790.

86. A.R. de Jonge, *Huurrecht*, 5e druk, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2009, p. 190.

87. HR 11 februari 2000, NJ 2000, 275 (De Preter / Van Uiter Vastgoed).

88. *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 35 (memorie van toelichting).

89. Hof Amsterdam 7 december 2010, L/JN BP0320.

90. Hof Amsterdam 8 februari 2011, L/JN BP4834.

91. ROZ kantoortruimte 2003 art. 10.8 en ROZ winkelruimte 2008 art. 24.11.

92. Hof Amsterdam 23 februari 2010, L/JN BM9489.

stellingen over een vergoeding over de periode vanaf het einde van de huur tot de ter beschikkingstelling alsnog gehonoreerd. Over de periode nadien tot het afronden van de werkzaamheden werd geen vergoeding toegekend.⁹³ In een ander arrest van het Gerechtshof Amsterdam⁹⁴ werd de gebruiksvergoeding uit de ROZ bepalingen beperkt in die zin dat de vergoeding niet werd toegekend over de periode dat de verhuurder het herstel uitstelde. Tot het moment dat de huurder de sleutels inleverde, werd de vergoeding van art. 7:225 BW toegekend.

De Kantonrechter Rotterdam⁹⁵ legt art. 7:225 BW aldus uit dat als schadevergoeding een volledige huurtermijn verschuldigd is wanneer het gehuurde op de eerste dag van de fictieve, nieuwe huurtermijn niet beschikbaar is.

Samenvatting

Bij de schadevergoeding waarop de verhuurder recht heeft, gaat het om een concrete schadevergoeding en dus niet om een abstracte. Houdt de huurder het gehuurde onder zich nadat de huurovereenkomst reeds is geëindigd (bijvoorbeeld om herstel uit te voeren) dan is de huurder over de periode tussen het einde van de huur en de ter beschikking stelling aan de verhuurder in ieder geval een vergoeding ter hoogte van de laatst genoten huur verschuldigd.

7. Ongerechtvaardigde verrijking verhuurder (art. 7:216 lid 3 BW)

Op grond van art. 7:216 lid 3 BW kan de huurder ter zake van *geoorloofde* veranderingen en toevoegingen, die na het einde van de huurovereenkomst niet ongedaan worden gemaakt, vergoeding vorderen voor zover art. 6:212 BW dat toestaat.

Een actie uit ongerechtvaardigde verrijking is niet een eenvoudige en slaagt niet snel; de wetgever heeft met de opmerking van art. 7:216 lid 3 BW niet bedoeld er in te voorzien dat huurders vanaf de inwerkingtreding van de wet eenvoudiger met succes een actie uit ongerechtvaardigde verrijking zouden kunnen instellen. 'Soms' zal de huurder recht op een zekere vergoeding kunnen ontlenen aan lid 3, 'maar daarvoor zal alleen reden zijn voor zover de verhuurder van de veranderingen en toevoegingen daadwerkelijk profijt heeft. Ook als dit het geval is, staat daarmee de toewijzing van een eventuele vergoeding niet vast, nu de verschuldigheid daarvan afhankelijk is van de maatstaven van artikel 6:212 BW (...), die erop zijn ingericht te voorkomen dat iemand zonder goede grond een verrijking krijgt opgedrongen.'⁹⁶ Daartoe bestaat bij de wetgever ook geen enkele vrees, omdat er voortgebouwd wordt op reeds bestaand recht. De reden dat lid 3 is toegevoegd aan dit artikel is ten einde te voorkomen dat er twijfel zou bestaan over de vraag of de huurder in bepaalde omstandigheden aanspraak zou kunnen maken op een vergoeding uit ongerechtvaardigde verrijking.⁹⁷

De cumulatieve criteria voor een actie uit ongerechtvaardigde verrijking zijn, kort gezegd, de volgende (art. 6:212 lid 1 BW):

- verrijking van de één;
- verarming van de ander;
- verband tussen de verrijking en de verarming;
- ongerechtvaardigd.

Indien aan deze criteria is voldaan, zal de hoogte van de schadevergoeding, welke in redelijkheid wordt vastgesteld,

nimmer meer zijn dan het bedrag van de verrijking, noch zal deze hoogte meer zijn dan het bedrag van de verarming.⁹⁸ Nu de criteria van art. 6:212 BW maatgevend zijn (gebleven) voor een actie uit ongerechtvaardigde verrijking, heeft de rechtspraak, gewezen op grond van het huurrecht van voor 1 augustus 2003, zijn waarde behouden.⁹⁹ Op grond van de criteria van art. 6:212 BW slaagt een ongerechtvaardigde verrijkingsactie op de grond dat een huurder niet van zijn wegnemingsrecht gebruik heeft gemaakt slechts indien *bijzondere omstandigheden* daartoe aanleiding geven.

Dit volgt onder andere uit het arrest van de Hoge Raad van 25 juni 2004, *NJ* 2005, 338 (Dupomex / De Haas),¹⁰⁰ waarin de Hoge Raad hierover overwoog:¹⁰¹ '3.3 (...) *Daarbij kan onder meer van belang zijn wat uit de huurovereenkomst of uit nadere afspraken van partijen voortvloeit ten aanzien van het aanbrengen van veranderingen aan het gehuurde, in hoeverre de huurder de kosten die hij voor de aangebrachte veranderingen heeft gemaakt, heeft kunnen terugverdienen of aan een opvolgend huurder in rekening heeft kunnen brengen, in hoeverre deze kosten veranderingen betreffen die inmiddels als afgeschreven kunnen worden beschouwd, en in hoeverre de verhuurder daadwerkelijk profijt heeft van de aangebrachte verandering, bijvoorbeeld doordat hij het gehuurde voor een hogere prijs kan verkopen of van een opvolgend huurder een hogere huur kan bedingen dan wanneer de veranderingen niet zouden zijn aangebracht (...).'*¹⁰²

93. Onduidelijk is of de huurovereenkomst conform het ROZ model was; daarop heeft de verhuurder zich in ieder geval niet beroepen. Anders: Hof Amsterdam 8 februari 2011, *LJN* BP4834, waarin de verhuurder over een redelijke periode van herstel door de verhuurder een gebruiksvergoeding toegekend kreeg van één maand.

94. Hof Amsterdam 7 december 2010, *LJN* BP0320.

95. Ktr. Rotterdam 22 juni 2005, *LJN* AT8173, onder r.o. 4.4.

96. A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 300 (*Kamerstukken II* 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 17; nota naar aanleiding van het verslag).

97. A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 298 (*Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 26; memorie van toelichting).

98. Zie Jac Hijma, *T&C BW*, 2009, art. 6:212 BW, aant. 2 en 3.

99. Zie ook HR 30 september 2005, *NJ* 2007, 154 (Koker / Cornelius), waarin de Hoge Raad in r.o. 3.6.3 uitdrukkelijk verwijst naar de toepasselijkheid van het arrest HR 25 juni 2004, *NJ* 2005, 338 (Dupomex / De Haas) in verband met art. 7:216 lid 3 BW jo art. 6:212 BW.

100. Zie ook de annotatie van J.J. Dammingsh onder dit arrest gepubliceerd in *WR* 2004, 278.

101. Zie ook zie HR 30 september 2005, *NJ* 2007, 154 (Koker / Cornelius).

102. Voor een toepassing van art. 7:216 lid 3 BW jo 6:212 BW zie o.a. HR 30 september 2005, *NJ* 2007, 154, (Koker / Cornelius); Ktr. Apeldoorn 25 mei 2005, *WR* 2006, 72; Gerechtshof Amsterdam 8 februari 2011, *LJN* BP4834. In de volgende uitspraken is de vordering tot vergoeding toegekend aan de huurder, waarbij geen bijzondere omstandigheden aan de orde zijn gekomen: Ktr. Tilburg 17 maart 2004, *WR* 2004, 285; Ktr. Nijmegen 5 oktober 2007, *LJN* BB6154.

Onder geoorloofde veranderingen worden ook verstaan wijzigingen die bij het einde van de huur zonder noemenswaardige kosten ongedaan kunnen worden gemaakt en kunnen worden verwijderd.¹⁰³ In hoeverre kan een verhuurder worden verrijkt indien een huurder dergelijke voorzieningen achterlaat in het gehuurde? Ons inziens is het niet onmogelijk dat ook deze voorzieningen een ongerechtvaardigde verrijking met zich zouden kunnen brengen. Zoals al eerder besproken heeft het begrip 'zonder noemenswaardige kosten' namelijk slechts betrekking op de kosten die de verhuurder moet maken om deze voorzieningen te verwijderen.¹⁰⁴ Of de voorziening zonder noemenswaardige kosten ongedaan kan worden gemaakt, zegt derhalve niet per definitie iets over de ongerechtvaardigde verrijking die de betreffende voorziening met zich zouden kunnen brengen.¹⁰⁵

Zou de huurder die niet-geoorloofde veranderingen in het gehuurde achterlaat, ook (met succes) aanspraak kunnen maken op een verrijkingsactie?¹⁰⁶ Ons inziens staat reeds de wettekst in de weg aan een succesvolle verrijkingsactie. Immers, uitsluitend 'geoorloofde' veranderingen en toevoegingen kunnen hiervoor in aanmerking komen, zo luidt lid 3. Als dit anders zou zijn, zou de verhuurder een (eventuele) verrijking zonder goede grond opgedrongen krijgen. En dat is nu juist waar de wetgever zich tegen verzet.¹⁰⁷

Een actie uit ongerechtvaardigde verrijking kan eerst worden ingesteld zodra het vermogen van de een is verrijkt ten koste van het vermogen van de verarmde. Een vordering tot vergoeding in verband met een gestelde ongerechtvaardigde verrijking ex art. 7:216 BW, zal dan ook eerst kunnen worden ingesteld nadat de huurovereenkomst is geëindigd, de huurder de ruimte heeft opgeleverd aan de verhuurder en vast staat dat de huurder zijn wegneemrecht niet heeft benut.¹⁰⁸

Art. 7:216 lid 3 BW is in beginsel van regeland recht; dit geldt niet als het gehuurde object woonruimte betreft.¹⁰⁹

Samenvatting

Een aan een huurder toekomende aanspraak op een vergoeding wegens ongerechtvaardigde verrijking wordt niet snel aangenomen. De toewijzing van een dergelijke vordering is afhankelijk van de vraag of voldaan wordt aan de criteria van art. 6:212 BW en of er bijzondere omstandigheden aanwezig zijn die een dergelijke vergoeding rechtvaardigen. Een actie uit ongerechtvaardigde verrijking kan eerst worden ingesteld nadat de huurovereenkomst is geëindigd.

8. Opleveringsverplichting en faillissement van de huurder

Vanaf het moment dat een huurder in staat van faillissement geraakt, kunnen zowel de curator van de huurder als de verhuurder de huurovereenkomst tussentijds opzeggen.¹¹⁰ Vanaf het moment van het faillissement is de huurprijs een boedelschuld.¹¹¹

8.1 Beëindiging door curator na faillissement

Reeds sinds jaar en dag is het vaste rechtspraak dat als de curator de huurovereenkomst opzegt, de verplichtingen die daaruit ontstaan, zoals de opleveringsverplichting, aangemerkt dienen te worden als boedelschuld.¹¹²

Zie HR 18 juni 2004: '4.3 (...) Zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld in zijn arrest van 28 september 1990, nr. 13976, NJ 1991, 305 en in zijn hiervoor in 4.2 genoemde arrest van 12 november 1993, moet een verplichting die is ontstaan als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel

verrichte rechtshandeling als boedelschuld worden aangemerkt. Dit wordt niet anders doordat de desbetreffende verplichting mede haar grond vindt in een al voor de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding. Voor heroverweging van deze oordelen ziet de Hoge Raad geen aanleiding (...)'. In geval van beëindiging van een huurovereenkomst heeft de huurder onder meer de verplichting het gehuurde bij het einde van de huur wederom aan de verhuurder ter beschikking te stellen. Met inachtneming van het bepaalde in onder andere het arrest van 18 juni 2004, zal de curator van de huurder die de huurovereenkomst opzegt derhalve geconfronteerd worden met alle verplichtingen die verband houden met de beëindiging. Nu de Hoge Raad geen onderscheid heeft aangebracht in de soorten verplichtingen die door toedoen van de curator ontstaan als gevolg van de ten behoeve

103. A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 301 (*Kamerstukken II* 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 20; nota naar aanleiding van het verslag).

104. *Kamerstukken I* 2001/02, 26 089, nr. 162, p. 43 (memorie van antwoord).

105. Zie ook J.K. Six-Hummel, Groene Serie Privaatrecht, *Huurrecht*, aant. 62 bij art. 7:216 BW, die stelt dat een vergoeding uit ongerechtvaardigde verrijking, indien de huurder wijzigingen achterlaat die zonder noemenswaardige kosten ongedaan kunnen worden gemaakt, zelden redelijk zal zijn; O. van Dalsum in *WR* 2007, 55 neigt ernaar te stellen dat de huurder alsdan geen verrijkingsaanspraak toekomt.

106. J.K. Six-Hummel, Groene Serie Privaatrecht, *Huurrecht*, aant. 62 bij art. 7:216 BW, die pleit dat het niet tot de mogelijkheden moet behoren dat niet-geoorloofde voorzieningen een ongerechtvaardigde verrijking met zich zouden kunnen brengen. Zo ook O. van Dalsum in *WR* 2007, 55 en N. Eeken in *TvHB* 2010, 19 (noot onder het arrest HR 9 juli 2010, *NJ* 2010, 498).

107. Overigens, de redelijkheid en billijkheid speelt ook bij de beantwoording van de vraag of in een bepaalde omstandigheid een actie uit ongerechtvaardigde verrijking succesvol zou moeten (kunnen) zijn. Met inachtneming daarvan zouden er zeer bijzondere omstandigheden kunnen bestaan, die kunnen maken dat een vergoeding bij ongeoorloofde wijzigingen wel tot de mogelijkheden zou behoren. Zie ook N. Eeken in *TvHB* 2010, 19 (noot onder het arrest HR 9 juli 2010, *NJ* 2010, 498) waarin zij onder andere ingaat op de vraag of een wanpresterende partij ieder recht op vergoeding verspeelt indien er een verband bestaat tussen het geschonden huurgenot en de door de wanprestant gevorderde vergoeding. Zij acht het verdedigbaar dat als er een dergelijk verband bestaat de wanprestant zijn rechten heeft verspeeld. In de geannoteerde zaak ontbrak dit verband en stond het de wanprestant vrij aanspraak op een vergoeding te maken.

108. Zie Ktr. Deventer, 31 mei 2007, *TvHB* 2007, 17 m.nt. N. Eeken / A.W. Jongbloed (*Prg.* 2007, 103).

109. Art. 7:242 BW.

110. Daar waar in deze paragraaf gesproken wordt over de 'curator', wordt bedoeld 'de curator van de huurder'.

111. Zie art. 39 Faillissementswet.

112. HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 305 (De Ranitz qq / Ontvanger); HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 229 (Frma qq / Blankers); HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 617 (Van Galen qq / Circle Vastgoed BV).

van de boedel verrichte rechtshandelingen, is het ons inziens verdedigbaar dat tot die verplichtingen ook behoren de met de beëindiging verband houdende ongedaanmakingsverplichtingen, zoals de verplichting om beschadigingen te herstellen en de verplichting om bepaalde wijzigingen aan het gehuurde ongedaan te maken.¹¹³

Nu de betreffende verplichtingen wel in causaal verband dienen te staan tot de rechtshandeling van de curator, achten wij het aannemelijk dat als er vóór het tijdstip waarop de curator de betreffende rechtshandeling verrichte reeds opeisbare verplichtingen bestonden, die verplichtingen niet ook ten laste van de boedel komen overeenkomstig de hier genoemde rechtsregel.¹¹⁴

8.2 Beëindiging voor faillissement, oplevering na faillissement?

Als de huurovereenkomst voor faillissement van de huurder eindigt door een opzegging, en de oplevering na faillissement nog niet heeft plaatsgevonden, ontslaat dit de curator niet van de verplichting om de tot de boedel behorende zaken, welke na faillissement nog in het gehuurde aanwezig zijn, te verwijderen. De curator is evenwel niet van rechtswege en zonder ingebrekestelling in verzuim.¹¹⁵ Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat ook als de verhuurder na het faillissement de huurovereenkomst opzegt, de curator gehouden kan zijn de zaken die behoren tot de boedel te verwijderen uit het gehuurde (na ingebrekestelling).¹¹⁶

Als de curator, nadat de huurovereenkomst voor datum faillissement van de huurder is geëindigd (al dan niet door ontbinding), het voormalig gehuurde na faillissement in gebruik houdt, mist art. 39 Faillissementswet toepassing en zijn de eventuele gebruikskosten geen boedelschulden. Dit zou anders kunnen zijn als de curator onrechtmatig heeft gehandeld door het voormalig gehuurde niet per omgaande na het faillissement ontruimd aan de voormalige verhuurder op te leveren. Zie het arrest van het Gerechtshof Den Bosch 30 november 2010¹¹⁷ (zie r.o. 4.4.7) waarin het gerechtshof overwoog dat de curator, gelet op de omstandigheden, niet onrechtmatig had gehandeld door de bedrijfsruimte niet onmiddellijk te ontruimen. Die omstandigheden luiden als volgt. De curator had enkele dagen na het faillissement overleg gehad met de voormalige verhuurder en zij hadden besproken dat de curator zou proberen de in het voormalig gehuurde aanwezige roerende zaken van de failliet zo spoedig mogelijk te verkopen, waarna hij die ruimte zou opleveren. De voormalige verhuurder stemde daarmee in en heeft nimmer aangedrongen op het onmiddellijk afvoeren van die zaken en opleveren van de bedrijfsruimte. Gelet op deze omstandigheden handelde de curator niet onrechtmatig door de ruimte ongeveer twee maanden later op te leveren. De voormalig huurder handelde wel onrechtmatig als bedoeld in art. 7:225 BW. Dit wijzigde de positie van de curator evenwel niet, zodat er geen boedelschuld was ontstaan.

Samenvatting

Als de curator de huurovereenkomst opzegt na faillissement, dan worden de verplichtingen die daaruit ontstaan, zoals de opleveringsverplichting, aangemerkt als boedelschuld.

Als de huurovereenkomst voor datum faillissement van de huurder is geëindigd, en de oplevering na datum faillissement plaatsvindt, zijn de hiermee verband houdende kosten geen boedelschulden. De curator kan wel gehouden worden (na ingebrekestelling) de zaken die tot de failliete boedel behoren te verwijderen uit de zaak. Verdedigbaar is dat ook

als de verhuurder in faillissement de huurovereenkomst opzegt, de curator tot verwijdering van die zaken kan worden gehouden.

113. Zie hierover uitvoeriger: J.K. Six-Hummel, Groene Serie Privaatrecht, *Huurrecht*, art. 7:224 BW, aant. 88.4.

114. Zie J.K. Six-Hummel, Groene Serie Privaatrecht, *Huurrecht*, art. 7:224 BW, aant. 88.4.; zie ook F.C. Borst, 'Faillissement van de huurder', *WR* 2007, 56.

115. HR 9 juni 2006, *NJ* 2007, 21 (Smit / Van Hees qq), r.o. 3.5.2; zie ook Gerechtshof Amsterdam 16 februari 2010, *LJN* BL5105.

116. Zie J.K. Six-Hummel, Groene Serie Privaatrecht, *Huurrecht*, art. 7:224 BW, aant. 88.5.

117. Hof Den Bosch 30 november 2010, *RI* 2011, 24 (A / Schaeken qq).