

109. Het huurbeding: artikel 3:264 lid 4 BW nader bezien

MR. J.R.L. KICKKEN

Het ligt voor de hand dat bij een due diligence gericht op huur van onroerend goed de aandacht voornamelijk is gevestigd op de inhoud van de huurovereenkomst en bijbehorende bijlagen en allonges. Toch kunnen ook afspraken buiten de huurovereenkomst van grote invloed zijn op de huurrelatie. Het huurbeding is daar een mooi voorbeeld van. In dit artikel wordt ingegaan op het huurbeding, artikel 3:264 lid 4 BW in het bijzonder, waarbij antwoord wordt gegeven op de vraag wat als 'ongewone, voor hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden' kwalificeren.

Wat is een huurbeding en hoe werkt het?

Het huurbeding is geregeld in artikel 264 boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Het beding stelt regels met betrekking tot de verhuur van het onroerend goed. Een dergelijk beding staat in de hypotheekakte of in de bijbehorende algemene voorwaarden en luidt veelal als volgt:

*'Vervreemding, verhuur, pacht, gebruik en beperkte rechten De hypotheekgever is niet bevoegd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de bank het onderpand te verhuren, te verpachten of, op enigerlei andere wijze onder welke titel ook, aan derden in gebruik te geven, of toe te staan dat het door anderen in gebruik wordt genomen, vooruitbetaling van huur- of pachtpenningen te bedingen en/of te ontvangen en rechten op huur- of pachtpenningen te vervreemden of te bezwaren; (...)'*¹

Wanneer een schuldenaar in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt, kan de hypotheekhouder overgaan tot de executie van het onderpand.² Vanzelfsprekend is de hypotheekhouder gebaat bij een zo hoog mogelijke opbrengst van het onderpand. Omdat een verhuurd pand gewoonlijk minder opbrengt dan een pand in onverhuurde staat (althans in geval van woonruimte), is de hypotheekhouder erbij gebaat dat geen huurovereenkomsten rusten op de over te dragen zaak. Immers, in beginsel gaan de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst over op de verkrijger van het pand.³

Met het huurbeding voorkomt de hypotheekhouder dat het onderpand zonder toestemming van de hypotheekhouder wordt verhuurd. Gebeurt dit toch, dan kan de hypotheekhouder of de koper (na uitwinning van het bezwaarde goed) het huurbeding invoeren.⁴ Met het invoeren van het huurbeding wordt de met het beding strijdige rechtshandeling vernietigd ten behoeve van degene die het invoert.⁵ De huurder kan zich in dat geval niet beroepen op enige huurbescherming.

Uitzonderingen

In lid 1 van artikel 3:264 BW is een drietal uitzonderingen opgenomen ten aanzien van het invoeren van het beding. Dit zijn de gevallen waarin:

- het in stand houden van de huurovereenkomst van belang is voor de opbrengst bij de openbare verkoop;
- met het in stand houden van de huurovereenkomst kenmerkend een voldoende opbrengst zal worden verkregen om alle hypotheekhouders te voldoen;
- er geen personen krachtens de huurovereenkomst gebruik kunnen maken van het bezwaarde goed op het moment van bekendmaking van de executoriale verkoop.

Uit deze uitzonderingen volgt duidelijk dat het van belang is dat de waarde van het pand voor de hypotheekhouder gewaarborgd blijft. Zolang de huurovereenkomst de waarde van het pand niet drukt of wanneer de openbare verkoop in ieder geval voldoende opbrengsten genereert voor de hypotheekhouder, is het beding niet invoerbaar.

1 Dit voorbeeld komt uit de Algemene Voorwaarden ING Hypotheken maart 2017 (artikel 14).
 2 Artikel 3:268 lid 1 BW.
 3 Artikel 7:226 BW.

4 Op grond van artikel 3:268 lid 2 BW kan de invoering niet geschieden voordat het in artikel 544 Rv bedoelde exploit van aanzegging of overneming is uitgebracht.
 5 Artikel 3:264 lid 2 BW.

Een oudere huurovereenkomst dan de hypotheek

Een andere belangrijke uitzondering staat in artikel 3:264 lid 4 BW:

‘(...) Het beding dat de verhuur van woonruimte of bedrijfsruimte uitsluit, kan niet tegen huurder worden ingeroepen voor zover de woonruimte of bedrijfsruimte ten tijde van de vestiging van de hypotheek reeds was verhuurd en de nieuwe verhuring niet op ongewone, voor de hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden heeft plaatsgevonden.’

In het kort betekent dit dat het huurbeding niet kan worden ingeroepen tegen een huurder op het moment dat de huurovereenkomst die op het pand betrekking heeft ouder is dan het recht van hypotheek dat op het pand is gevestigd. Interessant is het tweede deel van dit artikel. Ook nieuwe verhuring valt onder de uitzondering voor zover die niet op ongewone, voor de hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden heeft plaatsgevonden.

Ongewone, voor de hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden

De vraag die de bepaling direct opwerpt, is wat onder ongewone, voor de hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden moet volstaan. Noch de jurisprudentie noch de literatuur heeft hier tot op heden een duidelijk antwoord op kunnen geven. Alleen in de lagere rechtspraak is een schaars aantal voorbeelden te vinden.

Het eerste voorbeeld is van de hand van een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem van 18 oktober 2012 (ECLI:NL:RBARN:2012:BY4203). In die casus ging het om nieuwe verhuring waarbij de nieuwe huurovereenkomst niet was gedateerd, de overeenkomst slechts door één partij was ondertekend in de hoedanigheid van verhuurder én huurder en waarin een huurverlaging van € 1.000 was overeengekomen (ten opzichte van de eerdere huurovereenkomst). De voorzieningenrechter oordeelde hier dat het ging om ongewone, voor de hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden.

De vraag die artikel 3:264 lid 4 BW direct opwerpt, is wat onder ongewone, voor de hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden moet volstaan.

In een andere zaak was een pand reeds gedeeltelijk verhuurd op het moment van vestigen van de hypotheek. Na deze datum van vestigen zijn ook andere delen van het pand verhuurd aan andere huurders (nieuwe verhuring). De voorzieningenrechter van de Rechtbank Oost-Brabant oordeelde

op 13 augustus 2013 (ECLI:NL:RBOBR:2013:4937) dat het huurbeding niet kon worden ingeroepen omdat het in dit geval voor de hoogte van de executiewaarde niet bepalend was hoeveel huurders zich in het pand bevonden.

In het eerste voorbeeld lijken – afgezien van de huurverlaging – niet zozeer de voorwaarden ongewoon, meer bezwarend te zijn, maar eerder de omstandigheden of de wijze waarop de huurovereenkomst tot stand is gekomen. In het tweede voorbeeld legt de voorzieningenrechter nadrukkelijk het accent op de executiewaarde. Hiermee lijkt de voorzieningenrechter te zeggen dat ongewone, voor de hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden langs de meetlat van de executiewaarde gelegd moet worden. Heeft de nieuwe verhuring een negatieve invloed op de executiewaarde, dan is sprake van ongewone, voor de hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden.

In het meest recente, overigens ongepubliceerde, voorbeeld heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam op 6 september 2016 (rolnummer: KG ZA 16-844) geoordeeld dat een huurverlaging van aanvankelijk € 2.400 per maand naar € 1.000 (als gevolg van het huren van een kleiner oppervlak), een huurperiode van vijf jaar en het gedeeltelijk verhuren van de bedrijfsruimte als ongewone voorwaarden moeten worden beschouwd. Dit voorbeeld toont mijns inziens duidelijk aan dat ook de rechtspraak niet goed weet hoe met de ongewone, voor hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden uit lid 4 om te gaan. Indien (i) een ROZ-model huurovereenkomst voor een periode van vijf jaar, (ii) waarbij een huurder minder huur betaalt als gevolg van een verkleining van het gehuurde (maar nog steeds boven de markthuurlast), (iii) in een multi tenant kantoor als nieuwe verhuring onder ongewone voorwaarden kwalificeren, lijkt de uitzondering uit lid 4 vooral schijnzekerheid te geven aan huurders. Iedere nieuwe verhuring met een huurverlaging is daarmee immers af te doen als gewoon, meer bezwarend, ongeacht hoe de huurprijs zich verhoudt ten opzichte van de markthuurlast en hoe gangbaar de overige voorwaarden ook zijn.

Executiewaarde

Visser lijkt in haar proefschrift ook de huurprijs in relatie met de executiewaarde als leidend te beschouwen.⁶ Overigens met de kanttekening dat zij eveneens constateert dat in de (gepubliceerde) rechtspraak en de literatuur weinig voorhanden is. Op de vraag wanneer huur als gewoon en/of meer bezwarend kan worden aangemerkt, moet de huurprijs volgens Visser bepalend zijn. Daarbij is het volgens haar van belang dat zowel de nieuwe als de oude huurovereenkomst in de procedure moet worden overlegd. Dit lijkt logisch in het licht van de ratio die zij schetst, namelijk dat de hypotheekhouder bij zijn financiering rekening heeft gehouden met de voorwaarden die destijds bij

⁶ Visser, I., *De executoriale verkoop van onroerende zaken door de hypotheekhouder*, Den Haag: BJu 2013, p. 373.

hem bekend waren. De hoogte van de lening is op die voorwaarden afgestemd en het is volgens Visser dan ook onbillijk om hem geboden te achten aan de opvolgende huur, die op voor de waarde van het goed nadeligere voorwaarden heeft plaatsgevonden.⁷

De hypotheekhouder houdt bij zijn financiering rekening met de huur, doch alleen met de voorwaarden die destijds bij hem bekend waren.

Toch roept deze benadering nog een hoop vragen op ten aanzien van de bewoording die is gebruikt in artikel 3:264 lid 4 BW. Want is een lagere huurprijs, en daarmee een lagere executiewaarde, ongewoon, meer bezwarend? Dat een lagere huurprijs meer bezwarend is, valt onder omstandigheden zeker in te zien. Of het daarmee per definitie ook ‘ongewoon’ is, is een andere vraag (en vice versa). Een huurverhoging van een extreem lage huur naar een hogere, maar nog altijd extreem lage huur, kan ongewoon zijn, maar is niet meer bezwarend. De vraag is hoe moet met dit soort gevallen om worden gegaan.

De tekst van het huurbeding

Daar komt bij dat – afhankelijk van de tekst van het huurbeding – er ook mogelijkheden zijn om een bestaande huurovereenkomst, aangegaan vóór het vestigen van hypotheek, tussentijds te wijzigen. Zolang in het huurbeding slechts beperkingen zijn opgenomen ten aanzien van de bevoegdheid tot het zonder toestemming van de hypotheekhouder te verhuren onderpand, lijkt een aanpassing van de bestaande huurovereenkomst wel tot de mogelijkheden te behoren. Dit is bevestigd in een serie (ongepubliceerde) uitspraken van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland d.d. 17 oktober 2016⁸ en van de Rechtbank Midden-Nederland d.d. 2 november 2016 en d.d. 18 november 2016.⁹ In deze gevallen is geen sprake van een nieuwe verhuring, maar kan wel sprake zijn van ongewone, voor de hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden bijvoorbeeld via een allonge op de huurovereenkomst.

Indien de executiewaarde als leidend moet worden beschouwd in het vraagstuk wat ongewone, voor de hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden zijn, is het vreemd dat dit is beperkt tot alleen nieuwe verhuring. Afhankelijk van de tekst in het huurbeding kunnen partijen immers tussentijds de meest ongewone bepalingen overeenkomen tegen een absurd lage huurprijs in een bestaande huurovereenkomst. Gelet op het belang van de executie-

waarde is het onduidelijk waarom de tussentijdse aanpassingen van bestaande overeenkomsten zijn overgeleverd aan de inhoud van het huurbeding en niet in lid 4 zijn afgedicht door de wetgever.¹⁰

Alleen woonruimte en bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:290 BW?

Tot slot kan men zich afvragen of deze kwestie speelt in geval van de (ver)huur van kantoorruimte. Artikel 3:264 lid 4 BW heeft het immers expliciet over het beding ‘gemaakt met betrekking tot huur van woonruimte of huur van bedrijfsruimte’. Het valt te bepleiten dat met bedrijfsruimte alleen de bedrijfsruimte in de zin van de zesde afdeling van titel 4 van Boek 7 wordt bedoeld.¹¹ Dit is ook het geval bij de vergelijkbare bepaling die van toepassing is op erfpacht.¹² De bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:230a BW zou daarmee buiten het toepassingsbereik van het artikel vallen. Daar staat echter wel weer tegenover dat – in tegenstelling tot artikel 3:264 lid 4 BW – artikel 5:94 lid 2 BW expliciet (wel) vermeldt dat het bedrijfsruimte betreft in de zin van de zesde afdeling van titel 4 van Boek 7. Dit suggereert dan weer dat 3:264 lid 4 BW juist (wel) ook ziet op bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:230a BW.

Conclusie

Hoewel de rechtspraak hier nog terrein te winnen heeft, lijkt het er sterk op dat vooral de huurprijs bepalend is voor het antwoord op de vraag wat als ‘ongewone, voor hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden’ kwalificeren. Dat een lagere huurprijs doorgaans leidt tot een lagere executiewaarde en daarom minder oplevert op een veiling is een te volgen gedachtegang. Toch zijn er tal van voorbeelden te geven waarin een lagere huurprijs niet per definitief meer bezwarend is en al helemaal niet ongewoon. Daarnaast is de executiewaarde van een pand niet alleen afhankelijk van de huurprijs, maar ook overige factoren zoals de markt. Men dient zich dan ook af te vragen of het altijd de huurprijs is die de executiewaarde drukt.

Naast (of juist vanwege) alle onduidelijkheid omtrent artikel 3:264 lid 4 BW verdient de tekst van het huurbeding in een hypotheekakte aandacht. Het beding zelf kan namelijk ruimte bieden om, in plaats van nieuwe verhuring, de bestaande huurovereenkomst te wijzigen. Afhankelijk van de tekst van het beding, lijken de ongewone, voor hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden op die situatie geen grip te hebben.

Over de auteur

Mr. Joris Kickken
Advocaat bij Lexence.

⁷ Visser 2013, p. 373.

⁸ Rolnummers: KZ ZA 16-237, KZ ZA 16-239, KZ ZA 16-240 en KZ ZA 16-241.

⁹ Rolnummers: KL ZA 16-362 en KG ZA 16-786.

¹⁰ De wetsgeschiedenis vermeldt daarover niets.

¹¹ De wetsgeschiedenis verduidelijkt dit niet.

¹² Artikel 5:94 lid 2 BW