

# EUR Research Information Portal

## 'Koop breekt geen huur' en het huurbeding

### Publication status and date:

Published: 16/03/2001

### Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

### Citation for the published version (APA):

Westrik, R. (2001). *'Koop breekt geen huur' en het huurbeding*. [Doctoral Thesis, Erasmus University Rotterdam]. Erasmus Universiteit Rotterdam (EUR).

[Link to publication on the EUR Research Information Portal](#)

### Terms and Conditions of Use

Except as permitted by the applicable copyright law, you may not reproduce or make this material available to any third party without the prior written permission from the copyright holder(s). Copyright law allows the following uses of this material without prior permission:

- you may download, save and print a copy of this material for your personal use only;
- you may share the EUR portal link to this material.

In case the material is published with an open access license (e.g. a Creative Commons (CC) license), other uses may be allowed. Please check the terms and conditions of the specific license.

### Take-down policy

If you believe that this material infringes your copyright and/or any other intellectual property rights, you may request its removal by contacting us at the following email address: [openaccess.library@eur.nl](mailto:openaccess.library@eur.nl). Please provide us with all the relevant information, including the reasons why you believe any of your rights have been infringed. In case of a legitimate complaint, we will make the material inaccessible and/or remove it from the website.

**`Koop breekt geen huur' en het huurbeding**



**‘KOOP BREEKT GEEN HUUR’ EN HET HUURBEDING**

**Proefschrift**

ter verkrijging van de graad van doctor aan de  
Erasmus Universiteit Rotterdam  
op gezag van de  
Rector Magnificus

**Prof.dr.ir. J.H. van Bommel**

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op

vrijdag 16 maart 2001 om 13.30 uur

door

**Roelandus Westrik**

geboren te Den Helder

**Koninklijke Vermande Den Haag 2001**

Promotiecommissie

Promotor: Prof. mr. H.J. Sijders

Overige leden: Prof. mr. Jac. Hijma

Prof. mr. A.I.M. van Mierlo

Prof. mr. L.C. Winkel

Co-promotor: Mr. dr. E.B. Rank-Berenschot

## Inhoudsopgave

### Lijst van gebruikte afkortingen

<b>Algemene inleiding</b>		17
1Woord vooraf		17
2Is er wel een probleem?		18
3Verwondering		19
4Ongeëvenaarde complexiteit		20
5Doel van het onderzoek		21
6Opzet van het onderzoek		22
7Rechtsvergelijking		23
8Afbakening van het onderzoek		24
9Terminologie		25
<b>1. De belangrijkste artikelen</b> <b>(art. 7A:1612 BW (34 Pw), art. 7:226 Ontwerp BW, 1230 Oud BW, art. 3:264 BW)</b>		27
1.1Inleiding		27
1.2Art. 7A:1612 BW en art. 34 Pachtwet (Pw)	27	
1.2.1Korte beschrijving	27	
1.2.2Wetsgeschiedenis	29	
1.2.3Ratio		32
1.2.4Ontwerp BW (artikelen 7:226 en 7:227)	33	
1.3Art. 1230 Oud BW		35
1.3.1Korte beschrijving	35	
1.3.2Wetsgeschiedenis	36	
1.3.3Ratio		37
1.4Art. 3:264 BW		41
1.4.1Korte beschrijving	41	
1.4.2Wetsgeschiedenis	43	
1.4.3Ratio		44
1.5Het pachtbeding (art. 3:264 lid 3 BW; art. 1230 lid 2 Oud BW)		45
1.5.1Korte beschrijving en wetsgeschiedenis	45	
1.5.2Ratio		46
<b>2. Art. 3:264 BW</b>		49
2.1Inleiding		49
2.2De bestaansreden van art. 3:264 BW		49
2.2.1Problematiek	49	
2.2.2Analyse	51	
2.3De bevoegdheid van de hypotheekgever		52
2.3.1Verhuren	52	

2.3.2	Hypotheekvestiging	54	
2.3.3	Analyse	55	
2.4	Vooruitbetaling van huur- of pachtpenningen		56
2.4.1	De situatie `huur-na-hypotheek'	57	
2.4.2	De situatie `hypotheek-na-huur'	58	
2.4.3	Analyse	58	
2.5	De toestemming van de hypotheekhouder		59
2.5.1	Problematiek	59	
2.5.2	Analyse	62	
2.6	Conclusie hoofdstuk 2		64
<b>3.</b>	<b>Cessie of verpanding van, dan wel beslag op toekomstige huurvorderingen</b>		<b>65</b>
3.1	Inleiding		65
3.2	Het huurbeding versus een beslag op toekomstige huurvorderingen		65
3.3	Het huurbeding versus een cessie/verpanding van toekomstige huurvorderingen		66
3.4	De koper versus de cessionaris/pandhouder/beslaglegger		68
3.4.1	De nemo plus-regel gepasseerd?		71
3.4.2	Toekomstigheid		72
3.4.3	Prioriteit en het moment van beschikken	73	
3.4.4	De verwijzing naar 1940		74
3.4.5	De situaties in 1991 en 1940	77	
3.4.6	Een vreemde wending van de Hoge Raad in het arrest van 1991		78
3.4.7	Art. 7A:1612 BW en executie door de hypotheekhouder	79	
3.4.8	De artikelen 3:273 BW en 505 lid 2 Rv	81	
a.	Rechtsgevolgen art. 505 lid 2 en art. 475h Rv	82	
b.	De rol van art. 7A:1612 BW	82	
c.	De werking van art. 3:273 BW	85	
3.4.9	De werking van art. 7A:1612 BW	86	
3.4.10	Goederenrechtelijke binding?	87	
3.4.11	Bevoegdheid van de hypotheekgever	89	
3.4.12	Het rechtskarakter van beslag miskend?	89	
3.5	Analyse 3.2 tot en met 3.4		91
3.5.1	Algemeen	91	
3.5.2	Analyse van de paragrafen 3.2 tot en met 3.4	93	
Ad 3.2	Het huurbeding versus een beslag op toekomstige huurvorderingen		93
Ad 3.3	Het huurbeding versus een cessie/verpanding van toekomstige huurvorderingen		94
Ad 3.4	De koper versus de cessionaris/pandhouder/beslaglegger		96
Ad 3.4.1	De nemo plus-regel gepasseerd?		97
Ad 3.4.2	Toekomstigheid		98
Ad 3.4.3	Prioriteit en het moment van beschikken		99
Ad 3.4.4	t/m		
3.4.6	De verwijzing naar 1940/De situaties in 1991 en 1940/Een vreemde wending van de Hoge Raad in het arrest van 1991		101

Ad 3.4.7 Art. 7A:1612 BW en executie door de hypotheekhouder	101	
Ad 3.4.8 De artikelen 3:273 BW en 505 lid 2 Rv		102
Ad 3.4.9 t/m		
3.4.12 De werking van art. 7A:1612 BW/Goederen-rechtelijke binding?/Bevoegdheid van de hypotheekgever/Het rechtskarakter van beslag miskend?		102
3.6 Conclusie hoofdstuk 3		103
<b>4. Inroeping van het huurbeding</b>		105
4.1 Inleiding		105
4.2 De ingewikkelde inroepingsprocedure van art. 3:264 BW		105
4.2.1 Problematiek	105	
4.2.2 Analyse	109	
4.3 Wie is 'de koper' in art. 3:264 lid 1 BW?		111
4.3.1 Problematiek	111	
4.3.2 Analyse	112	
4.4 De herkomst van het recht van de koper om ontruiming te vorderen		112
4.4.1 Problematiek	112	
4.4.2 Analyse 4.3. en 4.4	114	
4.5 Kan inroeping van het huurbeding verplicht zijn?		117
4.5.1 Problematiek	117	
4.5.2 Analyse	117	
4.6 Conclusie hoofdstuk 4		118
<b>5. De (on)kenbaarheid van het huurrecht</b>		119
5.1 Inleiding		119
5.2 De situatie 'huur-na-hypotheek'		120
5.2.1 Problematiek	120	
5.2.2 Analyse	123	
5.3 De situatie 'hypotheek-na-huur'		125
5.3.1 Problematiek	125	
5.3.2 Analyse	127	
1 Inleiding	127	
2 HR 7 juni 1991, NJ 1992, 262 m.n. WMK (Stichting Gay Association/Engelen)		127
3 HR 15 november 1996, NJ 1997, 508 m.n. WMK (Metterwoon/Van Ommen)	129	
4 Toetsing aan de hoofdregel	130	
4a Rechtspolitieke uitgangspunten	131	
4b Richtlijn voor 'voorzichtig handelen'?	132	
4c Het genot van het gehuurde	136	
5 Voorlopige conclusie voor de situatie 'hypotheek-na-huur'	137	
5.4 De situatie 'koop-na-huur'		137
5.4.1 Problematiek	137	



5.4.2Analyse	139	
1Inleiding	139	
2De eerste opvatting: het tijdstip van de levering (eigendomsovergang) is het bepalende moment voor de werking van art. 7A:1612 BW; de huurder hoeft voor toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW niet in het genot van het gehuurde te zijn (wetgever, Hoge Raad en literatuur (deels))	139	
2aArgumenten voor en tegen de eerste opvatting		144
2bToepassing van de eerste opvatting op de situaties 'hypotheek-na-huur' en 'huur-na-hypotheek'	145	
3De tweede opvatting: het tijdstip van de levering (eigendomsovergang) is het bepalende moment voor de werking van art. 7A:1612 BW, maar beschermd wordt alleen de huurder wiens recht de rechtsopvolger kende of kon kennen (Nelissen e.a.)		148
3aArgumenten voor en tegen de tweede opvatting		149
3bToepassing van de tweede opvatting op de situaties 'hypotheek-na-huur' en 'huur-na-hypotheek'	151	
4De derde opvatting: het bepalende moment voor de werking van art. 7A:1612 BW is dat van de verkoop, niet dat van de levering; de huurder hoeft voor toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW niet in het genot van het gehuurde te zijn (literatuur van rond 1900)		155
4aArgumenten voor en tegen de derde opvatting	155	
4bVergelijking met de situaties 'koop-na-huur' en 'hypotheek-na-huur' in de opvatting van de wetgever en de Hoge Raad (de eerste opvatting)		156
5.5Conclusie hoofdstuk 5	157	
<b>6. De werking van het huurbeding</b>	159	
6.1Inleiding	159	
6.2Wat is 'vernietiging' in art. 3:264 lid 2 BW?	159	
6.2.1Problematiek	159	
6.2.2Analyse	163	
6.3Relativiteit en meer dan één hypotheekhouder	165	
6.3.1.Problematiek	165	
A Een vraag van afweging voor de executerende hypotheekhouder	165	
B Problemen omtrent oproeping voor de tweede hypotheekhouder	169	
6.3.2Analyse	171	
6.4Relativiteit en de rang van de vergoedingsvordering van de huurder		172
6.4.1Problematiek	172	
6.4.2Analyse	177	
6.5Conclusie hoofdstuk 6	177	

<b>7. Art. 7:226 en 7:227 Ontwerp BW</b>	179	
7.1Inleiding	179	
7.2Enkele complicaties	179	
7.2.1Problematiek	179	
7.2.2Analyse	182	
7.3Conclusie hoofdstuk 7		186
<b>8. Een rechtshistorische verklaring voor de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW?</b>		189
8.1Inleidende opmerkingen		189
8.2De rechtspositie van de huurder door de eeuwen heen		190
8.3Enkele belangrijke aspecten van gebruiksverhoudingen, historisch beschouwd		191
8.4Romeins recht		194
8.4.1Koop breekt huur?	194	
8.4.2De rechtspositie van de huurder in het Romeinse recht	195	
8.4.3Conclusie	199	
8.5Van Romeins recht tot de negentiende eeuw: de confrontatie tussen een huurder en een schuldeiser van de verhuurder		200
8.6Van Romeins recht tot de negentiende eeuw: de confrontatie tussen een huurder en een rechtsopvolger van de verhuurder		202
8.6.1Glossatoren	204	
8.6.2Commentatoren		210
8.6.3Inheems recht		211
8.6.4Is er een verklaring voor de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW?	217	
8.7De negentiende eeuw		217
8.7.1Codificatie en systematisering	217	
8.7.2De positie van de huurder in het Franse recht tot aan de negentiende eeuw		219
8.7.3De totstandkoming van de artikelen 7A:1612 BW en 1230 (Oud) BW en de situatie 'huur-na-hypotheek'		221
8.7.4De totstandkoming van art. 3:264 BW en de situatie 'huur-na-hypotheek'		224
8.7.5De overige wetsgeschiedenis van de artikelen 7A:1612 BW, 1230 (Oud) BW en 3:264 BW		225
8.7.6Conclusie	230	
8.8Conclusie hoofdstuk 8		231
<b>9. Een rechtssystematische verklaring voor de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW?</b>		233
9.1Inleiding		233
9.2Contractsovergang?		234
9.2.1Art. 7A:1612 BW (art. 7:226 Ontwerp BW) bewerkstelligt een contractsovergang van rechtswege		234
9.2.2De situatie 'huur-na-hypotheek'	237	
9.3Opzoemer		237
9.3.1 'Une espèce de réalité'		237

9.3.2De situatie 'huur-na-hypotheek'	240	
9.4Diephuis		241
9.4.1Art. 1376 (Oud) BW; 'nemo plus' analoog; goederen- en verbintenissenrecht	241	
9.4.2De situatie 'huur-na-hypotheek'	245	
9.5Rechten en verplichtingen?		248
9.5.1Art. 7A:1612 BW, art. 1354 (Oud) BW, kwalitatieve rechten	248	
9.5.2Conclusie	255	
9.6Kwalitatief of goederenrechtelijk?		255
9.6.1Art. 7A:1612 BW en het huurrecht als kwalitatief of goederenrechtelijk recht	255	
9.6.2Inschrijving van het huurrecht?	257	
9.7Oud-Hollands recht?		263
9.7.1Art. 7A:1612 BW is een erkenning van een beginsel van oud-Hollands recht		263
9.7.2De situatie 'huur-na-hypotheek'	264	
9.8Verbintenis uit de wet?		264
9.8.1Het voortduren der huur ex art. 7A:1612 BW is een verbintenis uit de wet	264	
9.8.2De situatie 'huur-na-hypotheek'	265	
9.9Diverse grondslagen?		268
9.9.1Verplichtingen van de verhuurder/billijkheid/ onecht derdenbeding	268	
9.9.2De situatie 'huur-na-hypotheek'	269	
9.10Roes: een kennelijke bedoeling met art. 7A:1612 BW		271
9.11Opportuniteit en billijkheid		273
9.12Tweeslachtigheid van het huurrecht, betamelijkheid, vertrouwen, kenbaarheid (Eggen)	275	
9.12.1Inleiding	275	
9.12.2Het tweeslachtige karakter van het huurrecht	275	
9.12.3Kenbaarheid en de situatie 'huur-na-hypotheek'	276	
9.12.4Betamelijkheid, kenbaarheid, vertrouwen		278
9.12.5Conclusie	282	
9.13Verhuur is beheer, met diverse gevolgen (Van Brakel, Eggen, Scholten, Pitlo en wellicht ook de wetgever)	283	
9.13.1Inleiding	283	
9.13.2Van Brakel	284	
9.13.3Eggen		285
9.13.4Scholten	289	
9.13.5Pitlo		290
9.13.6Bezwaren tegen de opvatting 'verhuur is beheer'	292	
9.13.7Conclusie	295	
9.14Van Oven: een 'gesplitste' werking van art. 7A:1612 BW		295
9.15Van Lier: rechtsgeldig door de eigenaar aangegane (huur-) overeenkomsten		299
9.16H.J. Sijnders: annexatie van de huurvordering		300
9.17Meijers: verhuur in strijd met het huurbeding 'is gelijk aan' vestiging van een beperkt recht; art. 1230 is echter toch nodig		303

9.18	Conclusie hoofdstuk 9		304
<b>10.</b>	<b>Eigen opvatting: een beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW</b>		<b>305</b>
10.1	Inleiding		305
10.2	Karakterisering en grondslag van de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW	307	
10.2.1	Karakterisering		307
10.2.2	Grondslag		308
a	Wet en wetgevingsgeschiedenis		310
b	Rechtspraak		314
c	Literatuur		314
d	Het 'oud-Nederlandse' recht		319
e	Bescherming van de huurder in het 'oud-Nederlandse' recht		322
10.2.3	Conclusie		322
10.3	Toepassing van de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW		323
10.3.1	Algemene opmerkingen		323
10.3.2	Uitwerking van de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW voor bestaande wetsartikelen en het Ontwerp BW (titel 7.4)		327
a	Art. 3:264 BW		327
b	Art. 3:268 BW		329
c	Art. 3:273 BW		329
c.1	Tekst	329	
c.2	Toelichting leden 1, 2 en 4 (nieuw)	330	
c.3	Heeft de koper een executoriale titel tot ontruiming nodig?	334	
c.4	Toelichting lid 3 (nieuw)	335	
d	Art. 3:282 BW		336
d.1	Tekst	336	
d.2	Toelichting	336	
d.2.1	'Eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur'	337	
d.2.2	'Eerste hypotheek - huur - tweede hypotheek'	339	
d.3	Bezwaren tegen aansluiting bij art. 3:282 BW?	340	
e	Art. 7A:1612 BW		342
f	Art. 7:226 en 7:227 Ontwerp BW	342	
f.1	Tekst	342	
f.2	Toelichting	343	
g	Art. 517 Rv		344
h	Art. 518 Rv		344
i	Art. 526 Rv		344
i.1	Tekst	344	
i.2	Toelichting	345	
j	Art. 544 Rv		346
j.1	Tekst	346	
j.2	Toelichting	346	
k	Art. 549 Rv		346
10.3.3	Uitwerking van de beperkte uitleg voor de hypotheekhouder		347
A	Algemeen		347
B	De procedure bij executie (uitoefening van het		

hypothekerecht en ontruiming)	348	
10.3.4Uitwerking van de beperkte uitleg voor de koper	349	
ADe rechtspositie van de koper	349	
BDe grondslag van het ontruimingsrecht van de koper	350	
CConclusie	351	
10.3.5Uitwerking van de beperkte uitleg voor de huurder		351
10.4Bezwaren tegen het verval van het huurbeding?		352
10.5De in hoofdstuk 2 tot en met 7 besproken problemen herbezien		353
10.5.1De bestaansreden van art. 3:264 BW (Hoofdstuk 2, paragraaf 2.2)	354	
10.5.2De bevoegdheid van de hypotheekgever (Hoofdstuk 2, paragraaf 2.3)	354	
10.5.3Vooruitbetaling van huur- of pachtpenningen (Hoofdstuk 2, paragraaf 2.4)		355
10.5.4De toestemming van de hypotheekhouder (Hoofdstuk 2, paragraaf 2.5)	356	
10.5.5Cessie of verpanding van, dan wel beslag op toekomstige huurvorderingen (Hoofdstuk 3)	357	
10.5.6Algemene opmerkingen		357
10.5.7Het huurbeding versus een beslag op toekomstige huurvorderingen (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.2)		358
10.5.8Het huurbeding versus een cessie/verpanding van toekomstige huurvorderingen (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.3)		359
10.5.9De koper versus de cessionaris/pandhouder/ beslaglegger (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4)		360
10.5.10De nemo plus-regel gepasseerd? (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.1)		361
10.5.11Toekomstigheid (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.2)	361	
10.5.12Prioriteit en het moment van beschikken (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.3)		362
10.5.13De verwijzing naar 1940/De situaties in 1991 en 1940/ Een vreemde wending van de Hoge Raad in het arrest van 1991 (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.4 t/m 3.4.6)		362
10.5.14Art. 7A:1612 BW en executie door de hypotheekhouder (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.7)	362	
10.5.15De artikelen 3:273 BW en 505 lid 2 Rv (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.8)	363	
Ad a.Rechtsgevolgen art. 505 lid 2 en art. 475h Rv	363	
Ad b.De rol van art. 7A:1612 BW	364	
Ad c.De werking van art. 3:273 BW	364	
10.5.16De werking van art. 7A:1612 BW (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.9)		365
10.5.17Goederenrechtelijke binding? (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.10)	365	
10.5.18Bevoegdheid van de hypotheekgever (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.11)	365	
10.5.19Het rechtskarakter van beslag miskend? (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.12)	366	

10.5.20	Inroeping van het huurbeding ((Hoofdstuk 4)	366	
10.5.21	(On)kenbaarheid van het huurrecht in de situatie `huur-na-hypothec' (Hoofdstuk 5, paragraaf 5.2)	367	
10.5.22	(On)kenbaarheid van het huurrecht in de situaties `hypothec-na-huur' en `koop-na-huur' (Hoofdstuk 5, paragrafen 5.3 en 5.4)	367	
10.5.23	Wat is `vernietiging' in art. 3:264 lid 2 BW? (Hoofdstuk 6, paragraaf 6.2)	369	
10.5.24	Relativiteit en meer dan één hypotheekhouder (Hoofdstuk 6, paragraaf 6.3)	369	
10.5.25	Relativiteit en de rang van de vergoedingsvordering van de huurder (Hoofdstuk 6, paragraaf 6.4)	370	
10.5.26	Art. 7:226 en 7:227 Ontwerp BW (Hoofdstuk 7)	371	
10.6	Conclusie hoofdstuk 10		372
	<b>Samenvatting</b>		375
	<b>Zusammenfassung</b>	387	
	<b>Lijst van aangehaalde literatuur</b>		401
	<b>Jurisprudentieregister</b>		421
	<b>Wetsartikelenregister</b>		424
	<b>Trefwoordenregister</b>		428

## Lijst van gebruikte afkortingen

AA Ars Aequi  
aant. aantekening  
Adv.bl. Advocatenblad  
A-G Advocaat-Generaal  
Antw. der Afd. Antwoorden der Afdelingen  
Art. artikel  
a.w. aangehaald werk  
Bb. Bedrijfsjuridische berichten  
BCN Broederschap der Candidaat-Notarissen  
BGB Bürgerliches Gesetzbuch (Duitsland)  
BN Broederschap der Notarissen  
BR Bouwrecht  
BRV (Wet) Belastingen op het Rechtsverkeer  
BW Burgerlijk Wetboek  
diss. dissertatie  
EK Eerste Kamer der Staten-Generaal  
e.v. en volgende  
Fw Faillissementswet  
GO Gewijzigd Ontwerp  
Gron. Opm. en Meded. Groninger Opmerkingen en Mededelingen  
Hand. II (Versl.) Handelingen der Staten-Generaal (Verslag der Handelingen van de Tweede Kamer)  
Hand. I (Bijl.) Handelingen der Staten-Generaal (Bijlagen van het Verslag der Handelingen van de Eerste Kamer)  
Hand. II (Bijl.) Handelingen der Staten-Generaal (Bijlagen van het Verslag der Handelingen van de Tweede Kamer)  
HR Hoge Raad der Nederlanden  
Inv. Invoeringswet  
JOL Jurisprudentie OnLine ([www.JOL.nl](http://www.JOL.nl))  
KB Koninklijk Besluit  
KG Kort geding  
KNB Koninklijke Nederlandse Broederschap (Beroepsorganisatie)  
Kw.ber. Nieuw BW Kwartaalbericht Nieuw BW  
m.n. met noot (van)  
Mon. Nieuw BW Monografieën Nieuw BW  
MvA Memorie van Antwoord  
MvT Memorie van Toelichting  
NvW Nota van Wijziging  
OvW Ontwerp van Wet  
Nader gewijzigd VvW Nader gewijzigd voorstel van Wet  
NBW Nieuw Burgerlijk Wetboek  
NbBW Nieuwsbrief BW  
NIBE Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf  
NJ Nederlandse Jurisprudentie  
NJB Nederlands Juristenblad  
NJV Nederlandse Juristen-Vereeniging  
NvW Nota van Wijzigingen  
NTBR (NTBR) Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

Parl. Gesch. Parlementaire Geschiedenis  
Pres. Rb President der rechtbank  
Prg. De Praktijkgids  
Pr. Onroerend goed Praktijkboek Onroerend goed  
PV der Afd. Proces Verbaal der Afdelingen  
Rb. Rechtbank  
RM Rechtsgeleerd Magazijn  
RMTh Rechtsgeleerd Magazijn Themis  
Rv Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering  
RvdW Rechtspraak van de Week  
Stb. Staatsblad  
t.a.p. ter aangehaalde plaatse  
T&C Tekst en Commentaar  
TCR Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging  
TK Tweede Kamer der Staten-Generaal  
TMT Toelichting-Meijers  
VC II Openbare commissievergadering van de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer  
vgl. vergelijk  
V&O Vennootschap en Onderneming  
VPO Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen  
VV Voorlopig Verslag  
W Weekblad van het recht  
Wnd. waarnemend  
WPNR Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie  
WR Woonrecht  
WvK Wetboek van Koophandel



## Algemene inleiding

### 1. Woord vooraf

Tegenstrijdigheden. Vragen. Gewrongen tegenstellingen. Onoverzichtelijkheid. Een groot juridisch spanningsveld. Het zijn enkele typeringen van de materie rond de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW. Rechtsonzekerheid is troef zodra een hypotheekhouder het verbonden goed wil gaan executeren en daarbij het huurbeding, gemaakt bij de hypotheekvestiging, moet inroepen omdat het verhypotheekerde goed na die vestiging blijkt te zijn verhuurd. Kennelijk is inroeping nodig, omdat de executieverkoop de regel van art. 7A:1612 BW, 'koop breekt geen huur'<sup>1</sup>, toepasselijk doet zijn.

Reeds het oude huurbedingartikel, 1230 Oud BW, was omgeven met verwarring en onduidelijkheid (de eerste discussies dateren van ongeveer 1820<sup>2</sup>). Door de wetgever van art. 1230 Oud BW maar vooral door de rechter en de wetenschap<sup>3</sup> is gepoogd om het fenomeen 'huurbeding' in te passen in het systeem van het burgerlijk recht. Het resultaat: een reeks elkaar tegensprekende interpretaties en redeneringen. De wetgever van het huidige huurbedingartikel 3:264 BW deed daar nog een flinke schep bovenop: art. 3:264 BW kent een vrijwel ongevaard lange ontstaansgeschiedenis. De tekst van het wetsartikel is de stille getuige: in omvang heeft art. 3:264 BW nauwelijks een gelijke. Voor de complexiteit van het artikel geldt hetzelfde.

Dit spanningsveld rond de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW is de aanleiding geweest tot het schrijven van het voorliggende boek. Eerst worden de beide artikelen, in onderlinge samenhang gezien, aan een indringende analyse onderworpen. De uitkomst is samen te vatten in twee conclusies: de oorzaak van de moeilijkheden ligt steeds in één interpretatie van art. 7A:1612 BW, en: voor deze uitleg bestaat geen afdoende rechtvaardiging. Sterker, er is sprake van een paradox. De wetgever staat met het stelsel van art. 7A:1612 en 3:264 BW een belangenafweging voor tussen huurder en hypotheekhouder, maar frustreert die afweging in hoge mate door de bedoelde interpretatie van art. 7A:1612 BW. Aan art. 7A:1612 BW wordt namelijk de volgende ruime werking toegekend: het adagium 'koop breekt geen huur', neergelegd in dit artikel, geldt in beginsel óók wanneer een hypotheekair verbonden goed blijkt te zijn verhuurd *na* de vestiging van het hypotheekrecht. Bij executie kan de hypotheekhouder het verbonden goed slechts in verhuurde staat verkopen en leveren. Dit wordt anders indien hij een beroep doet op een huurbeding dat hij in de hypotheekakte heeft doen opnemen. Aan de noodzaak van een dergelijk huurbeding gaat de genoemde ruime werking van art. 7A:1612 BW echter onontkoombaar vooraf.

Aansluitend aan de analyse wordt dan ook gepleit voor het opheffen van de paradox, en wel door de beschreven onjuiste en ongewenste uitleg van art. 7A:1612 BW te verlaten. De rechtspositie van huurder of hypotheekhouder zoals die naar huidig recht is vastgesteld, verandert

---

<sup>1</sup>Onder 'koop' in art. 7A:1612 BW moet worden verstaan: eigendomsovergang (levering). Eerst op het ogenblik van de eigendomsovergang treedt de koper/nieuwe eigenaar in de plaats van de oorspronkelijke verhuurder. Dit standpunt is vaste rechtspraak en wordt ook algemeen aangehangen in de literatuur. In art. 7:226 lid 1 Ontwerp BW (de opvolger van art. 7A:1612 BW) wordt expliciet gesproken van 'Overdracht van de zaak' (Wetsvoorstel 26 089, Vaststelling van titel 7.4 (Huur) van het Burgerlijk Wetboek). Vgl. voorts HR 4 juni 1880, W 4520; HR 13 november 1908, W 8764; HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 m.n. EMM, en voor literatuur Toelichting Boek 7, p. 939; Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 89-91.

<sup>2</sup>Zie hierna, par. 1.3.2.

<sup>3</sup>Hierna, in de hoofdstukken 8 en 9, worden de betreffende theorieën en verklaringen besproken.

daardoor alleen ten goede. Aan de sinds tweehonderd jaar bestaande algehele verwarring komt een einde, terwijl de door de wetgever nagestreefde belangenafweging op eenvoudige wijze wordt bereikt en de rechtszekerheid kan intreden.

## 2. Is er wel een probleem?

Het 'Woord vooraf' verbaast wellicht. Wie namelijk voor de eerste keer het adagium 'koop breekt geen huur' uitgelegd krijgt en vervolgens kennis neemt van het huurbeding, moet wel denken dat de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW op elkaar zijn afgestemd. Immers, de strekking van het huurbeding van art. 3:264 BW is een hypotheekhouder te beschermen tegen de gevolgen van het adagium 'koop breekt geen huur', uitgesproken in art. 7A:1612 BW lid 1, luidende:

'Door verkoop van het verhuurde wordt eene te voren aangegane huur niet verbroken, ten ware dit bij de verhuring mogt voorbehouden zijn.'

Voor een hypotheekhouder lijkt dit artikel aldus onomstotelijk vast te stellen, dat een huurrecht waarmee hij wordt geconfronteerd op het moment van de 'verkoop', dus de uitwinning van het verhypothekerde goed, jegens hem inroepbaar is. Wil hij tegen deze werking van art. 7A:1612 BW beschermd worden, dus het verbonden goed kunnen verkopen zónder dat huurrecht, dan dient hij om te beginnen een vooruitziende blik te hebben gehad: hij moet reeds bij de vestiging van zijn recht een huurbeding hebben laten opnemen in de hypotheekakte. Verder is vereist, dat het huurrecht in kwestie totstandgekomen is in strijd met dat huurbeding, dus ná de inschrijving van de hypotheekakte-met-huurbeding in de openbare registers. Tenslotte moet de hypotheekhouder bij de uitwinning van het verhypothekerde goed een beroep doen op het gemaakte huurbeding (vgl. art. 3:264 lid 1 BW).

Het systeem lijkt helder: de wet bepaalt dat een huurrecht, dat bestaat op het moment van 'verkoop', niet aangetast kan worden door die 'verkoop'. Dit geldt ook voor een hypotheekhouder die het verhypothekerde goed executoriaal verkoopt (krachtens een eigen verhaalsrecht, vgl. art. 3:268 lid 1 BW). Hij is in deze zin gehouden een op dat moment bestaand huurrecht te respecteren.....tenzij hij een beroep doet op een bij de hypotheekvestiging gemaakte huurbeding.

Het systeem lijkt ook evenwichtig en uitgekristalliseerd: over het huidige art. 3:264 BW met zijn acht onderdelen is uitvoerig nagedacht, het belang van hypotheekhouders bij waardebehoud van het verbonden registergoed is daarbij uitvoerig afgewogen tegen het belang van huurders bij bescherming tegen (onnodige) ontruiming van het gehuurde<sup>1</sup> en een ieder weet in

---

<sup>1</sup>Uitvoerige discussies, zowel in het parlement als in de literatuur, zijn aan het huidige art. 3:264 BW voorafgegaan. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 814-818; Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1352-1373, alsook de hierna in hoofdstuk 1, paragraaf 1.4 aangehaalde Kamerstukken. Een kleine greep uit de literatuur, verschenen vóór 1992 met betrekking tot de genoemde belangenafweging: P. Rodenburg, NJB 1981/25, p. 641-648; P. Rodenburg en J.W.M. Russell, WPNR 5650 (1983), p. 269-274; H.C.F. Schoordijk, WPNR 5666 (1983), p. 598-599; C.G.J. Piron, WPNR 5680 (1984), p. 27-28; E.H. Hondius, Kw.ber. Nieuw BW 1984/0, p. 2-5; J.E. Fesevur, Kw.ber. Nieuw BW 1984/0, p. 8-10; M.J.O.M. de Haas, WPNR 5693 (1984), p. 233-235; P. Rodenburg en J.W.M. Russell, WPNR 5705 (1984), p. 438-440; M.J.O.M. de Haas, WPNR 5705 (1984), p. 440-441; Tweede Kamer-vragen, WPNR 5735 (1985), p. 276-277 en NJB 1985/7, p. 237; P.A. Stein, WPNR 5735 (1985), p. 265-269; J.E. Fesevur, Kw.ber. Nieuw BW 1985/3, p. 69-74; P. Rodenburg en J.W.M. Russell, WPNR 5769 (1986), p. 57-61; P.A. Stein,

het huidige recht waar hij bij dit onderwerp aan toe is.

Kortom, de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW zijn complementair; het is goed zo....

### 3. Verwondering

Enige bezinning op de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW leidt echter al spoedig tot oprechte verwondering: hoe is het mogelijk, dat een eenmaal gevestigd hypotheekrecht aangetast kan worden door een ná de hypotheekvestiging verleend huurrecht? Immers, in de eerste plaats is het hypotheekrecht een zekerheidsrecht bij uitstek en zekerheid wil in deze zeggen: de hypotheekhouder meent en mag menen, dat de waarde van het jegens hem verbonden registergoed in de toekomst behouden blijft, althans niet wordt gereduceerd door latere (rechts-)handelingen van de hypotheekgever. Een latere verhuur is een zodanige rechtshandeling. Verhuur kan tot gevolg hebben, dat het goed bij verkoop aanzienlijk minder oplevert dan wanneer het in onverhuurde staat wordt verkocht.

In de tweede plaats doen zich rechtssystematische bezwaren gevoelen: een hypotheekrecht kan als goederenrechtelijk recht al niet aangetast worden door een nadien gevestigd, ander goederenrechtelijk recht.<sup>5</sup> Het kan dan zeker niet aangetast worden door een later verleend huurrecht, een persoonlijk recht waaraan de wetgever enig goederenrechtelijk karakter niet heeft willen, noch wil toekennen.<sup>6</sup> De goederenrechtelijke aard van het hypotheekrecht brengt een absolute werking jegens derden met zich, een werking die een persoonlijk recht als het huurrecht moet ontberen.

Tegenover de aard van het hypotheekrecht en de rechtssystematische bezwaren lijkt echter een krachtiger argument te moeten staan: de huurder dient beschermd te worden in zijn woonbelang. Bescherming van de maatschappelijk zwakkeren, tot welke categorie huurders in de regel geacht worden te behoren<sup>7</sup>, is dan de rechtspolitieke achtergrond van de regeling van

WPNR 5769 (1986), p. 61-62; G.F. Scheltema, WPNR 5784 (1986), p. 331; P. Rodenburg en J.W.M. Russell, WPNR 5784 (1986), p. 332-333; M. Tratnik en R.F.H. Mertens, Kw.ber. Nieuw BW 1988/2, p. 46-51; E.P. Stolp, PRG. 1988/21, p. 673-679; A. Bockwinkel, WPNR 5910 (1989), p. 183-188; A.A. van Velten, WPNR 5941 (1989), p. 767-772; W. Heuff, J.B.M. Roes en P.A. Stein, in: 85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken (1991), respectievelijk p. 109-125, 147-162 en 163-180.

<sup>5</sup>Vgl. Parl. Gesch. Boek 5, Algemene opmerkingen over Boek 5, p. 3, onder 4: 'De regel dat, indien twee zakelijke rechten met elkaar in botsing komen, het oudere recht voorrang heeft boven het jongere, wordt - hoewel als algemene regel nergens in het B.W. te vinden - in het bestaande recht erkend en wordt wel gebaseerd op het beginsel, dat niemand meer recht kan verlenen dan hij zelf heeft. Het is niet nodig geoordeeld de bedoelde regel uitdrukkelijk in het ontwerp neer te leggen, aangezien het ontwerp de vestiging van een zakelijk recht ziet als een wijze van overdracht van bepaalde bevoegdheden uit het oorspronkelijke recht; (...)'

<sup>6</sup>Zie voor het huidige recht het betoog van Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 15 en voor het komende recht Toelichting Boek 7, p. 912.

<sup>7</sup>Een veronderstelling die anno 2000 mijns inziens om twee redenen niet meer op algemene gelding kan rekenen. De eerste reden is de verdeling binnen de particuliere huursector in aantallen huurwoningen van zg. commerciële verhuurders (839.000) en van zg. sociale verhuurders (2.374.000) (bron: Companen, Particuliere huursector in beeld, 1998 (bewerking RIGO Research en Advies), te kennen uit de Brief van de Staatssecretaris van Volkshuisvesting, Ruimtelijke ordening en Milieubeheer van 22 oktober 1999, TK 26 859, nr. 1, p. 9). De tweede reden is, dat binnen de 'sociale' huurwoningen niet alle huurders tot het financieel 'zwakkere' deel behoeven te behoren: circa

de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW en van 3:264 BW. Bij het eerstgenoemde artikel wordt de huurder in bescherming genomen tegen een executerende hypotheekhouder. Art. 3:264 BW voorziet vervolgens in bescherming van de huurder van woonruimte indien de hypotheekhouder een beroep op het huurbeding wil doen. Dit systeem leidt ertoe te veronderstellen, dat de belangen van de hypotheekhouder en de huurder (van woonruimte) min of meer in evenwicht zijn. Het rechtspolitieke doel doorkruist en frustreert zowel het doel van het hypotheekrecht als de rechtssystematiek, maar dit is - kennelijk - onontkoombaar.

Indien de bescherming van ‘de zwakkere huurder’ de verklaring moet zijn van het huidige stelsel van de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW, dan is het hierna volgende onderzoek overbodig. De beide artikelen zijn onlosmakelijk verbonden; het is nog steeds goed zo....

#### 4. Ongeëvenaarde complexiteit

Bij bestudering van de huurbedingregeling stuit men op zoveel vragen en innerlijke tegenstrijdigheden<sup>8</sup>, dat de vraag rijst óf er tussen de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW wel enig verband bestaat. Enkele van deze vragen (die in de hoofdstukken 2 tot en met 7 zullen worden besproken) zijn bijvoorbeeld: is bescherming van het woonbelang van een persoonlijk gerechtigde huurder een groter goed dan het woonbelang van een *goederenrechtelijk* gerechtigde zoals een erfpachter of opstaller die zijn recht, indien gevestigd ná het hypotheekrecht, in beginsel ‘automatisch’ ziet vervallen op grond van art. 3:273 BW? Welke gevolgen heeft opname van een huurbeding in de hypotheekakte voor de bevoegdheden van de eigenaar/hypotheekgever? Hoe moet de regeling betreffende het verbieden van vooruitbetaling, cessie of verpanding van huurvorderingen worden begrepen? Kan een eventueel antwoord op de laatste vraag de twijfel aan de noodzaak van die regeling wegnemen? Hoe is de materie van de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW te verstaan in verband met cessie of verpanding van, dan wel beslag op toekomstige huurvorderingen? Gezien het aantal vragen dat in die materie rijst, zou de vraag gesteld kunnen worden: is die regeling te ‘verstaan’? Voorts: wie kan of moet nu eigenlijk een huurbeding inroepen? Welke gevolgen heeft de ‘inroeping’ voor de eigenaar/hypotheekgever, de hypotheekhouder en de huurder? Wie moet het risico van een niet-kenbare verhuring dragen: de hypotheekhouder (die het verbonden goed in waarde ziet dalen), of de huurder (die het

---

15% van de totale sociale woningvoorraad bestaat uit woningen met een huurprijs boven de f 810,-, vgl. TK 24.508, nr. 58, p. 2. Binnen deze 15% is een deel van deze woningen qua huurprijs aan te merken als ‘geliberaliseerd’, hetgeen kort gezegd inhoudt dat bij de aanvang van de huurovereenkomst een huurprijs van - in 1999 - minimaal f. 1107,- betaald werd (vgl. art. 2 lid 2 Huurprijzenwet Woonruimte in verband met art. 13 lid 1 Huursubsidiewet).

<sup>8</sup>Over het huurbeding, zowel het oude (art. 1230 Oud BW) als het huidige (art. 3:264 BW) is een zeer grote hoeveelheid literatuur voorhanden, waarin goed beschouwd vrijwel steeds getracht wordt één of meer aspecten van dit beding te verklaren en/of een plaats te geven in het vermogensrecht. Zie, bij wijze van voorbeeld, voor het oude recht (de literatuurverwijzingen) bij Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 177-185; A. Bockwinkel, WPNR 5910 (1989), p. 183-188; de discussie tussen P. Abas, WPNR 5928 (1989), R.A. Dozy, WPNR 5967 (1990), p. 429-434 en J.B.M. Roes, WPNR 5987 (1991), p. 4-5 (met naschrift van P. Abas, a.w., p. 5); voor het nieuwe recht zie men de in noot 4 genoemde literatuur, alsook Bockwinkel (1991); Croes (1991); M. Kleijngeld en Tj. Zuidema, WR 1993, p. 61-66; H. Hielkema, Rechtshulp 1993/6, p. 10-16; J.C. van Straaten, De Notarislerk 1993, nrs. 1305-1307, resp. p. 116-119, 140-142 en 164-166; J.F. de Groot, BR 1994/3, p. 181-187; M.J.W. van Ingen, WPNR 6193 (1995), p. 591-596; Smit/Evers (1997); Van Zeven e.a. (1998); Wiegman/Zuidema (2000).

gehuurde moet ontruimen)? Moet een hypotheekhouder feitelijk controleren of het te verbinden goed is verhuurd? Moet de huurder in het genot van het gehuurde zijn om de bescherming van art. 7A:1612 BW te kunnen verkrijgen?

De genoemde vragen zijn moeiteloos en welhaast exponentieel uit te breiden met andere. Beantwoording ervan is bovendien oeverloos, omdat er geen einde komt aan de mogelijke antwoorden: met de 'oplossing' van één probleem ontstaan er dadelijk weer nieuwe. Vastgesteld moet (dan ook) worden, hoe loffelijk ook het onder 3 genoemde streven is naar bescherming van 'de maatschappelijk zwakke huurder', dat de regeling van het huurbeding meer vragen oproept dan kunnen worden beantwoord.<sup>9</sup> Het inmiddels acht leden tellende art. 3:264 BW is daar mede debet aan. Kennelijk bestaat er een dusdanig moeizame verhouding tussen de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW, dat de vraag gerechtvaardigd is: bestaat er eigenlijk wel een verbinding tussen beide en zo ja, is deze te rechtvaardigen?

## 5. Doel van het onderzoek

In de rechtswetenschap zijn, eufemistisch uitgedrukt, in de voorbije twee laatste eeuwen verschillende pogingen gedaan om de huurbedingmaterie van een uitleg te voorzien die in het systeem van het burgerlijk recht inpasbaar is. Dat wil zeggen, er is gezocht naar een uitleg die uitgaat van het bestaan van een huurbedingartikel. Deze pogingen zijn tot op heden, naar uit deze studie mag blijken (zie hoofdstuk 9), geen van alle geslaagd. De vraag is thans gerechtvaardigd, of een dergelijke inpassing uit de aard der zaak wel mogelijk is. Centraal in de vraagstelling staat daarmee de situatie 'huur-na-hypotheek' (huurrecht verleend na hypotheekvestiging).

Tegen deze achtergrond is het doel van het voorliggende onderzoek het volgende: inzicht verkrijgen in het stelsel van de huidige artikelen 7A:1612 en 3:264 BW, in onderlinge samenhang bezien, teneinde de oorzaak te achterhalen van de grote hoeveelheid vragen en problemen die spelen rond 'het huurbeding' (art. 7:226 Ontwerp BW, de 'opvolger' van art. 7A:1612 BW, wordt ook in de beschouwingen betrokken). Binnen dit meer algemene verband wordt het onderzoek bovendien gericht op de vraag, of het nodig is om een hypotheekhouder ex art. 7A:1612 BW verplicht te achten om een huurrecht dat *na* de hypotheekvestiging wordt verleend, te respecteren. Liggen de aanleiding en de noodzaak in het hiervoor onder 3 beschreven rechtspolitieke doel 'bescherming van de huurder van woonruimte'? Is het noodzakelijk om dit doel tegenover het rechtssysteem te stellen en vervolgens daarover te doen zegevieren? Of spelen ook andere factoren een rol, zoals bijvoorbeeld de onderlinge verhouding tussen de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW, conflicterende rechtsbeginselen, verschillende interpretaties van die rechtsbeginselen, een afweging van verschillende belangen<sup>10</sup>, een botsing tussen 'het systeem' van het vermogensrecht enerzijds en een of meer rechtspolitieke doelen anderzijds?

De gedane constatering (hiervoor, onder 4) dat de huidige huurbedingregeling kennelijk meer tegenstellingen oproept dan wegneemt, noopt tot deze benadering. Immers, indien de norm is dat het recht dienstbaar is en behoort te zijn aan het maatschappelijk leven, wordt aan die norm in hoge mate niet voldaan door de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW. De beide artikelen, in onderlinge verhouding dan wel ieder afzonderlijk bezien, bieden het huidige maatschappelijk leven zoveel rechts~~o~~zekerheid, dat van dienstbaarheid moeilijk gesproken kan worden.

<sup>9</sup>Men leze de uitgebreide en uiterst stroef verlopen ontwikkelingsgeschiedenis van art. 3:264 BW, aangehaald bij noot 4.

<sup>10</sup>MvT Inv. ad art. 3:264 BW, Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1355.

## 6. Opzet van het onderzoek

Het onderzoek is ingedeeld in vieren: presentatie van de belangrijkste wetsartikelen (hoofdstuk 1); inventarisatie en analyse van het huidige systeem en zijn problemen (hoofdstukken 2 tot en met 7); onderzoek naar de herkomst van de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW (hoofdstukken 8 en 9); eigen voorstel voor een andere benadering (hoofdstuk 10).

In hoofdstuk 1 wordt een korte presentatie gegeven van de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW (korte beschrijving, wetsgeschiedenis, ratio). Aangezien voor art. 7A:1612 BW een opvolger 'in de steigers staat' (art. 7:226 Ontwerp BW)<sup>11</sup> en art. 3:264 BW een illustere voorganger kent (art. 1230 Oud BW), wordt aan zowel opvolger als voorganger een gelijke beschouwing in drie onderdelen gewijd. Aan art. 34 Pachtwet wordt aandacht besteed bij de bespreking van art. 7A:1612 BW, zulks gezien het feit dat art. 34 Pw qua ratio en inhoud is afgestemd op art. 7A:1612 BW. Slechts in dit onderdeel over art. 34 Pw worden de rechtsfiguren huur en pacht afzonderlijk belicht. Daarna zal steeds de gebruiksverhouding aangeduid als huur tot uitgangspunt van bespreking dienen. Pacht zal alleen in de beschouwingen betrokken worden wanneer van huur verschillende resultaten zich aandienen.

In de hoofdstukken 2 tot en met 7 wordt het huidige systeem rond de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW aan een analyse onderworpen. Daarbij wordt de aandacht steeds gericht op het spanningsveld in de situatie 'huur-na-hypotheek'. Per besproken probleem zal nagegaan worden, welke oorzaak eraan ten grondslag ligt. Duidelijk zal worden, dat de ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW telkens een cruciale rol speelt: indien dit artikel toepasselijk wordt geacht op de situatie waarin een hypotheekhouder wordt geconfronteerd met een *later* huurrecht ('huur-na-hypotheek'), dienen de moeilijkheden zich als vanzelf aan.

In de hoofdstukken 8 en 9 wordt naar een verklaring voor de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW gezocht. In hoofdstuk 8 wordt daartoe de rechtshistorie van 'koop breekt geen huur' en van het huurbeding aan een onderzoek onderworpen, terwijl hoofdstuk 9 gericht is op de meningen en redeneringen die in de rechtswetenschap verkondigd zijn.

Hoofdstuk 10 tenslotte is gewijd aan een eigen voorstel voor een beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW, uitgewerkt voor bestaande wetsartikelen. In de beperkte uitleg is het huurbeding overbodig; de aan het beding verbonden problemen en de grote rechtsonzekerheid voor alle betrokkenen behoren dan tot het verleden. Opvallend is, dat het resultaat dat met de huurbedingregeling in het huidige recht wordt voorgestaan - een evenwichtige belangenafweging tussen hypotheekhouder en huurder (van woonruimte) -, in de beperkte uitleg wordt bereikt zónder de vele omwegen die in het huidige recht bestaan. Die omwegen zijn: ruime uitleg van art. 7A:1612 BW (bescherming van de huurder die zijn recht verkrijgt *na* hypotheekvestiging), bescherming van de hypotheekhouder door de mogelijkheid van opnemings- en inroeping van een huurbeding (art. 3:264 leden 1-3 BW), bescherming van de huurder van woonruimte tegen onnodige inroeping van dat huurbeding (art. 3:264 leden 5-8 BW). In de beperkte uitleg kunnen evenwel de waarborgen voor de huurder die in het huidige recht zijn opgenomen, zonder bezwaar gehandhaafd worden. Kortom, de rechtspositie van huurder en hypotheekhouder verandert enkel ten goede in een beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW: hetgeen met het huidige systeem inclusief het huurbeding wordt voorgestaan, wordt op eenvoudige wijze bereikt

---

<sup>11</sup>Zie hierna, hoofdstuk 1, par. 1.2.4.

zónder dat beding, terwijl de onduidelijkheden en tegenstrijdigheden verdwijnen en de rechtszekerheid voor alle partijen kan intreden.

## 7. Rechtsvergelijking

In deze studie neemt asynchrone rechtsvergelijking een belangrijke plaats in. Teruggegaan wordt onder meer op het Romeinse en het inheemse recht, zulks om inzicht te verkrijgen in de (historische) grondslagen van het huidige systeem van het goederen- en het verbintenissenrecht, alsmede in de problematiek rond de werking van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypothek'. Vooral in hoofdstuk 8 zal van deze rechtsvergelijking sprake zijn, maar ook elders wordt, waar nodig, op bestaande of bestaand hebbende rechtsfiguren en/of rechtssystemen ingegaan.

De wijze van rechtsvergelijking vloeit voort uit het gekozen doel van het onderzoek: verkrijging van inzicht in de werking van de huidige artikelen 7A:1612 en 3:264 BW. Gezien de achtergrond van deze artikelen is het immers onontkoombaar, dat het Nederlandse systeem van het burgerlijk recht en de (historische) grondslagen waar het huidige systeem op gebouwd is, vooral aan de orde komen. Zo vormen keuzes, gemaakt voor een indeling in goederen- en verbintenissenrecht en voor indeling van een hypothekrecht in het goederenrecht en een huurrecht in het verbintenissenrecht, bijvoorbeeld de ontstaansvoorwaarde voor de veronderstelde ruime toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypothek'. Een typering van het huurrecht als een goederenrechtelijk recht, of toekenning van goederenrechtelijke eigenschappen aan wat wij in het huidige systeem 'persoonlijke rechten' noemen, zou een geheel andere wending aan de huidige huurbeding-problematiek geven.<sup>12</sup>

Vergelijking van het huidige Nederlandse rechtssstelsel in deze met thans geldende buitenlandse systemen - synchrone rechtsvergelijking - vindt in mindere mate plaats. Een uitgebreide vergelijking in deze zin zou vooral neerkomen op een grootschalige oefening in variatie met rechtssystematische uitgangspunten en daaraan te geven en gegeven interpretaties, maar dan voor buitenlandse rechtssystemen. Voor een dergelijke oefening bestaat in het kader van deze studie geen ruimte, terwijl verondersteld mag worden, dat interpretaties en redeneerwijzen die voor het Nederlandse recht in deze ten beste zijn gegeven, bij gelijke uitgangspunten in enig buitenlands stelsel niet anders verlopen of (zouden) zijn verlopen. Voorts staat wel vast, dat het onderwerp 'koop breekt geen huur' op zich, maar zeker ook in verband met de situatie 'huur-na-hypothek', in buitenlandse rechtssystemen niet tot minder meningsverschillen, onduidelijkheden en rechtsonzekerheid aanleiding geeft dan in het Nederlandse recht het geval is.<sup>13</sup> Van dat scala van verschillen in uitgangspunt en interpretatie zou een overzicht gegeven moeten worden om tot een zuivere vergelijking te komen met het Nederlandse recht.<sup>14</sup> Eén en ander

<sup>12</sup>Vgl. Rank-Berenschot, diss., hoofdstuk XII, i.h.b. bijv. p. 320-332.

<sup>13</sup>Zie voor het Belgische recht bijvoorbeeld D. Michiels, Rechtskundig Weekblad 1991-1992, nr. 20, p. 664, stellende, mede na een rechtsvergelijking met Nederlands en Frans recht, 'dat het toepasselijk recht inzake de huurovereenkomst bij vervreemding van het verhuurde goed op verschillende punten erg controversieel is.' Voor het Duitse recht spreekt Von Staudinger (1997), p. 482, met betrekking tot de problematiek rond het 'Kauf bricht (nicht) Miete' van een 'Rechtszersplitterung'.

<sup>14</sup>Zie voor een ouder, maar rechtsvergelijkend overzicht van het recht van Frankrijk, Oostenrijk, Zwitserland en Duitsland, G. Hamaker, WPNR 5010 (1968), p. 401-407. Het oud-Belgische recht wordt besproken door J.

zou resulteren in een boek van minimaal enkele keren de thans voorliggende omvang.

## 8. Afbakening van het onderzoek

Ter afbakening van het onderzoek moeten nog vier opmerkingen gemaakt worden. De eerste betreft de situatie ‘huur-na-hypotheek’. Deze staat centraal in het onderzoek, zoals onder 5 reeds werd aangeduid. In die situatie gaat het om de belangentegenstelling tussen een hypotheekhouder en een latere huurder. De oorsprong van art. 7A:1612 BW ligt echter meer in het belangenconflict dat kan ontstaan tussen de (eerdere) huurder en de *nieuwe eigenaar* (de ‘koper’) van een verhuurde onroerende zaak. Een dergelijk conflict ontstaat bijvoorbeeld wanneer de zaak in eigendom wordt overgedragen door de verhuurder/eigenaar. Deze eigenlijke achtergrond van art. 7A:1612 BW komt vooral in het rechtshistorische onderzoek aan de orde (hoofdstuk 8), maar ook bij de vraag wie het risico moet dragen van een bestaand maar onkenbaar huurrecht (hoofdstuk 5).

Ten tweede zal met betrekking tot het object van het gebruiksrecht, eveneens in abstracto, steeds worden uitgegaan van onroerende zaken c.q. registergoederen; art. 7A:1612 BW is echter eveneens van toepassing op roerende zaken.<sup>15</sup>

Ten derde wordt in deze studie voor wat betreft de aard van de executie (de executiebevoegdheid van de hypotheekhouder) uitgegaan van de zogenaamde executieleer, zulks geheel volgens de thans geldende opvattingen.<sup>16</sup> In deze leer verkoopt de hypotheekhouder het verbonden goed krachtens een eigen recht (vgl. art. 3:268 BW). Op de mandaatsleer, de leer die na vele decennia felle bestrijding werd verlaten door de Hoge Raad<sup>17</sup>, wordt slechts enkele keren ingegaan.

De vierde opmerking betreft de onoverbrugbaarheid van de vele tegenstellingen en innerlijke tegenstrijdigheden in de huurbedingmaterie. Deze wordt in de hoofdstukken 2 tot en met 7 veelal geïllustreerd door middel van (opsommingen van) vragen die bij het betreffende probleem gesteld kunnen worden. Hiermee is beoogd aan te geven dat een bevredigende en in het wettelijke systeem passende uitleg van het huurbeding niet gevonden zal worden. Althans, de hiertoe ondernomen pogingen in de voorbije twee eeuwen stemmen hieromtrent niet hoopvol: de vragen blijven komen. Zoals hierboven al aangegeven (onder 4): wegneming van een spanningsveld op één onderdeel doet op een andere plaats onmiddellijk weer een (of meer) nieuwe ontstaan. Met het oog op dit feit is ervoor gekozen om te onderzoeken of er een oorzaak van de bestaande problematiek is aan te wijzen, zulks aan de hand van een analyse van de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW, zowel afzonderlijk als in onderling verband gezien. Dat niet gekozen is voor een herhaalde poging om het huurbeding ‘in te passen’ in het wettelijke systeem mag gezien het bovenstaande duidelijk zijn. Een dergelijke poging zou resulteren in een

---

Gilissen, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 1939, deel XVI, p. 281-319; het meer recente Belgische recht vergeleken met het Nederlandse en Franse recht vindt men bij D. Michiels, Rechtskundig Weekblad 1991-1992, nr. 20, p. 657-664. Zie voor het Engelse recht bijvoorbeeld Clements/Fairest (1996), p. 433-438, alsmede Megarry/Thompson (1993), p. 453 v., 525 v., 535-545. Het Duitse recht vindt bespreking in o.a. Von Staudinger (1997), Par. 571. Het Zwitserse recht wordt behandeld door Piotet (1993).

<sup>15</sup>Zie Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 98; Toel. Boek 7, p. 939 sub 2; TK 26 089, nr. 6, p. 35 sub i.

<sup>16</sup>Vgl. Asser-Van Velten (1994), nr. 298.

<sup>17</sup>HR 25 januari 1977, NJ 1977, 362 m.n. WMK (Hogevalksedijk), AA XXVI (PAS), p. 310.



boek van enkele malen de huidige omvang en dan nog zou er, met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid, niets zijn opgelost.

## 9. Terminologie

Voor wat betreft de gebruikte terminologie valt er nog het volgende op te merken. In deze studie wordt omwille van de duidelijkheid steeds gesproken van 'verkoop' en 'levering'. De term 'vervreemding' is vermeden, omdat daarbij niet steeds helder is of de obligatoire dan wel de goederenrechtelijke handeling wordt bedoeld. Om redenen van duidelijkheid ook wordt telkens de term 'verkoop' gebruikt in de materie betreffende art. 7A:1612 BW. Krachtens vaste opvatting echter bestrijkt dit artikel iedere (titel van) eigendomsoverdracht.<sup>18</sup>

Voorts zal in het navolgende telkens de aanduiding 'art. 7A:1612 BW' gebruikt worden en niet 'art. 1612 BW'. Een uitzondering geldt voor citaten. Het artikel is kort voor de invoering van het huidige BW 'vernummerd' tot art. 7A:1612 BW.<sup>19</sup> Handhaving van de oude aanduiding (art. 1612 BW) in een bespreking van het huidige recht misstaat, maar gebruik van de thans gangbare aanduiding in een passage over het Oud BW misstaat evenzeer. Inhoudelijk is er geen verschil: het huidige art. 7A:1612 BW is geheel gelijk aan het artikel dat in het wetboek van 1838 werd opgenomen.

Tenslotte: gezien het feit dat de situatie 'huur-na-hypotheek' centraal staat in dit onderzoek, zal de gebruiker van een registergoed worden aangeduid als huurder. Is de kwalificatie huur niet van toepassing, dan zal de desbetreffende andere aanduiding gebruikt worden.

Het onderzoek is afgesloten per 31 december 2000.

---

<sup>18</sup>Zie Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 99; Toel. Boek 7, p. 939 sub 1.

<sup>19</sup>Vgl. Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. XI-XII.

## 1. De belangrijkste artikelen

(7A:1612 BW (34 Pw), art. 7:226 Ontwerp BW, 1230 Oud BW en 3:264 BW)

### 1.1. Inleiding

De uitgebreide problematiek rond het huurbeding bij hypotheek hangt samen met verschillende beginselen en (rechtspolitieke) uitgangspunten die gehanteerd worden in het privaatrecht. Die beginselen en uitgangspunten leiden via de nodige redeneringen en interpretaties tot veelal zeer tegengestelde uitkomsten. Toch draait het in deze materie om slechts enkele wetsartikelen: art. 7A:1612 BW (art. 34 Pw) ('koop respectievelijk pacht breekt geen huur')<sup>1</sup>, en art. 3:264 BW, waarin het huur- c.q. pachtbeding is neergelegd.

Het is noodzakelijk om aan deze artikelen een korte beschouwing te wijden, zulks met het oog op een goed begrip van de navolgende hoofdstukken. Ingegaan wordt op de tekst, de geschiedenis en de ratio van het betreffende artikel. Achtereenvolgens komen aan de orde de artikelen 7A:1612 BW en 34 Pw (paragraaf 1.2), het vóór 1992 geldende huurbedingartikel, 1230 Oud BW (paragraaf 1.3), het huidige huurbedingartikel, 3:264 BW (paragraaf 1.4) en tenslotte, in één bespreking, het huidige alsmede het vóór 1992 geldende pachtbeding, art. 3:264 lid 3 BW respectievelijk art. 1230 lid 2 Oud BW (paragraaf 1.5).

### 1.2. Art. 7A:1612 BW en art. 34 Pachtwet (Pw)

#### 1.2.1. Korte beschrijving

Art. 7A:1612 BW stamt uit het Burgerlijk Wetboek van 1838. Het artikel luidt:

1. Door verkoop van het verhuurde wordt eene te voren aangepane huur niet verbroken, ten ware dit bij de verhuring mogt voorbehouden zijn.
2. Bij zoodanig voorbehoud, kan de huurder, zonder uitdrukkelijk beding geene aanspraak op vergoeding maken, maar met dat laatste beding, is hij niet tot ontruiming van het gehuurde verplicht, zoo lang de verschuldigde vergoeding niet is gekweten.

Art. 34 van de Pachtwet 1958 houdt een met art. 7A:1612 BW overeenstemmende regeling in:

1. Bij eigendomsvergang van het verpachte op een derde volgt deze in alle rechten en verplichtingen van de verpachter op.
2. Rechten en verplichtingen, welke vóór de eigendomsvergang opeisbaar zijn geworden, gaan op de derde niet over.

---

<sup>1</sup>Onder 'koop' wordt krachtens algemene opvatting allereerst verstaan: de eigendomsvergang (levering); vgl. hiervoor, Algemene inleiding, noot 1. Voorts wordt art. 7A:1612 BW algemeen geacht niet alleen van toepassing te zijn op verkoop van het verhuurde, maar op iedere vervreemding; vgl., met vermelding van rechtspraak en literatuur, Asser-Abas (HUUR) 5-II, nr. 99.

De wetgever van de Pachtwet heeft voor de redactie van art. 34 Pw<sup>2</sup> aangeknoopt bij de tekst van art. 7A:1612 BW en de uitleg van dit artikel door de Hoge Raad, zulks met betrekking tot de vele vragen die het artikel reeds heeft opgeroepen. Het tweede lid van art. 34 Pw is van dit aanknopen een voorbeeld.<sup>3</sup> Ook voor de toepassing van art. 34 Pw wordt veelal (de rechtspraak op) art. 7A:1612 BW gevolgd.<sup>4</sup> De aandacht in het navolgende zal, wanneer een voor de pacht-overeenkomst afwijkende situatie niet op de voorgrond dient te komen, dan ook vooral op het rijkelijk van commentaar voorziene art. 7A:1612 BW worden gericht.

In het eerste lid, eerste gedeelte, van art. 7A:1612 BW is de regel neergelegd die in het spraakgebruik veelal wordt aangeduid als 'koop breekt geen huur'. Met 'koop' wordt eigendomsoverdracht bedoeld, zo wordt naar huidig recht aangenomen; in het komende recht is zulks uitdrukkelijk bepaald.<sup>5</sup> Het is de eigendomsoverdracht die op de koop volgt, die de huurverhouding op de nieuwe eigenaar doet overgaan. De nieuwe eigenaar van de verhuurde zaak treedt in de plaats van de verkoper als verhuurder.<sup>6</sup>

Krachtens art. 7A:1612 BW eerste lid, tweede gedeelte, kan bij de verhuur het voorbehoud worden gemaakt, dat 'verkoop van het verhuurde' de huur wél zal breken. De artikelen 7A:1623a lid 7 en 7A:1624 lid 3 BW bepalen echter met betrekking tot de verhuur van woonruimte respectievelijk bedrijfsruimte, dat art. 7A:1612 BW niet van toepassing is

'voor zover het de verhuurder toestaat te bedingen dat de huur wordt verbroken door verkoop van het verhuurde'.

Ook de Pachtwet staat een beding van deze strekking niet toe; art. 34 Pw is van dwingend recht, zo is bepaald in art. 57 Pw. Een voorbehoud als in art. 7A:1612 lid 1 BW bedoeld kan derhalve (slechts) gemaakt worden bij verhuur van bedrijfsruimte die niet onder art. 7A:1624 BW valt<sup>7</sup>, alsmede bij verhuur van roerende zaken (op welke zaken art. 7A:1612 BW eveneens van toepassing is<sup>8</sup>). In het Ontwerp BW wordt voorzien in één regeling die voor beide categorieën zal gelden<sup>9</sup>: art. 7:226 lid 4 (art. 7:226 is het vernieuwde art. 7A:1612 BW) verklaart het

<sup>2</sup>Zie over de (wets-) geschiedenis van dit artikel: MvT ad art. 33, Hand. II (Bijl.) 1954-1955, p. 42. Dit artikel 33 is later vernummerd tot art. 34, vgl. Hand. II (Bijl.) 1956-1957, 3884, nr. 38, p. 5 alsmede Hand. I (Bijl.) 1956-1957, 3884, nr. 168. Zie voorts hierna, par. 1.2.2.

<sup>3</sup>In dit artikellid is vastgelegd hetgeen de Hoge Raad in 1908 voor huur bepaalde (HR 13 november 1908, W 8764): op de koper gaan alleen over die rechten en verplichtingen die uit de huurovereenkomst voortvloeien vanaf het moment van de eigendomsovergang van het verhuurde op de koper.

<sup>4</sup>Zie in het bijzonder MvT ad art. 33, Hand. II (Bijl.) 1954-1955, p. 42, alsmede de overige in noot 2 aangehaalde literatuur.

<sup>5</sup>Zie voor het huidige recht Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 88-100; voor het komende recht art. 7:226 Ontwerp BW, waarover hierna, par. 1.2.4.

<sup>6</sup>Op de nieuwe eigenaar gaan over die rechten en verplichtingen van de verhuurder, welke onmiddellijk betrekking hebben op de huurverhouding; vgl. Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 95.

<sup>7</sup>Vgl. Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 100. Zie voor de begrippen woon- en bedrijfsruimte het tweede lid van de artikelen 7A:1623a lid 7 en 7A:1624 lid 3 BW.

<sup>8</sup>HR 3 oktober 1934, NJ 1934, p. 1562, W. 12851, p. 3-4. Vgl. voorts Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 98; Valkhoff (1949), p. 53. Het nieuwe recht neemt de regel over, vgl. TK 26 089, nr. 3, p. 35 (MvT ad art. 7:226 Ontwerp BW), verwijzende naar Toelichting Boek 7 (ad art. 7.4.4.1 Ontwerp Meijers); TK 26 089, nr. 6, p. 31 sub i.

<sup>9</sup>TK 26 089, nr. 5, p. 15-16 en nr. 6, p. 27-28. Zie ook N.M. van der Horst, NTBR 1999/3, noot 6 en 17 en voorts de

'overdracht breekt geen huur' tot dwingend recht

---

literatuur genoemd in de volgende noot.

## DE BELANGRIJKSTE ARTIKELEN

`(.) bij huur van een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan alsmede van een woonwagen in de zin van artikel 235 en van een standplaats in de zin van artikel 236 (.).<sup>10</sup>

Het tweede lid van art. 7A:1612 BW, dat (met art. 7A:1614 BW) een uitwerking geeft van het voorbehoud uit het eerste lid, handelt over eventuele schadevergoeding voor de huurder en kent aan de huurder een soort recht van terughouding toe totdat de schadevergoeding is betaald.

### 1.2.2. *Wetsgeschiedenis*<sup>11</sup>

In Nederland kwam met de Bataafse omwenteling in 1795 een einde aan de tot dan toe bestaande staatkundige versnippering. De idee van een staatkundige eenheid ging vergezeld van een streven naar een algemene, nationale codificatie om een einde te maken aan de regionale en plaatselijke rechtsverscheidenheid.<sup>12</sup> In 1798 werd een commissie ingesteld met de opdracht een 'Algemeen Wetboek' tot stand te brengen, welk wetboek mede het burgerlijk recht zou omvatten. De wetsvoorstellen van deze commissie leidden echter niet tot een wetboek. Eerst in 1809, nadat Koning Lodewijk Napoleon de codificatiewerkzaamheden had overgenomen, trad het 'Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland' in werking.<sup>13</sup> Art. 1508 van dit wetboek luidde als volgt:

Wanneer de verhuurder het verhuurde verkoopt, kan de koper den huurder niet noodzaken om het gekochte te ontruimen, wanneer deze van een behoorlijk huur-contract voorzien is, ten ware de verhuurder het regt om den huurder, in geval van verkoop, het gehuurde door den koper te kunnen doen ontruimen, bij het contract uitdrukkelijk had voorbehouden.<sup>14</sup>

In de opvolgende artikelen werd een nadere regeling gegeven omtrent schadevergoeding aan de huurder (art. 1509-1512 en 1514) en omtrent termijnen, in acht te nemen voor de ontruiming (art. 1510-1511 en 1515).

---

<sup>10</sup>Vgl. voor huur van woonruimte: TK 26 089, nrs. 1-2, p. 6; TK 26 089, nr. 3, p. 35; TK 26 089, nr. 5, p. 15-16; voor bedrijfsruimte: TK 26 932, nr. 3, p. 4. Vgl. voor het oorspronkelijke Ontwerp Meijers Toelichting Boek 7, p. 951-953.

<sup>11</sup>Zie ook het rechtshistorische onderzoek naar de betekenis van art. 7A:1612 BW, hierna, in hoofdstuk 8.

<sup>12</sup>De gedachte aan een realiseerbare nationale codificatie kon eerst aan het einde van de achttiende eeuw ontstaan. Toen namelijk klonk de wens van de Franse Revolutie door naar de lage landen: een verbetering van het rechtsstelsel door eenmaking van het recht, door nieuwe en samenhangende wetgeving. In Frankrijk had vóór 1789 bovendien reeds een ontwikkeling naar territoriale eenheid plaatsgevonden, waarbij (het streven naar) een nationale wetgeving kon aansluiten. Vgl. Lokin en Zwalve (1986), hfst. V-VII; Kunst, deel I, p. 94-131; Van den Bergh (2000), hfst. IV-V.

<sup>13</sup>Zie uitgebreid over deze wetgevingsgeschiedenis Lokin en Zwalve (1986), hfst. V, VII; Kunst, deel I, hfst. III; De Blécourt (1939), p. 58-69; Asser-Scholten, Algemeen deel, blz. 169-178 en, recentelijk, M.J.E.G. van Gessel-de Roo, in: Twaalf bijdragen tot de studie van de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw (1993), p. 44-78.

<sup>14</sup>De tekst van het Wetboek Lodewijk Napoleon is afgedrukt in de wettenbundel Het Nederl. Burg. Wetboek, de Code Civil, Het Wetboek Lodewijk Napoleon en het Burgerlijk Wetboek van 1830. Art. 1508 e.v. treft men aan op p. 323.

In 1810 werd Nederland ingelijfd bij Frankrijk; in 1811 werd de in 1804 in Frankrijk ingevoerde Code Civil des Français (bekend als de Code Napoléon<sup>15</sup>) van toepassing verklaard. Het Wetboek Napoleon kwam daarmee te vervallen.<sup>16</sup> Art. 1743 van de Code zou gelden tot 1833 (vanaf 1825 als art. 1631 BW, zie hieronder). Art. 1743 luidde:

Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail.<sup>17</sup>

(Indien de verhuurder het verhuurde verkoopt, mag de koper de huurder die een authentiek huurcontract heeft, of een huurcontract waarvan de dagtekening zeker is, niet noodzaken om het gehuurde te ontruimen, tenzij hij dit recht bij het huurcontract heeft voorbehouden).<sup>18</sup>

In 1814, na het einde van de Franse overheersing en het herstel van de onafhankelijkheid van het Koninkrijk Nederland, bepaalde de grondwetgever in de nieuwe Grondwet voor de Vereenigde Nederlanden, dat een algemeen Burgerlijk Wetboek tot stand zou worden gebracht.<sup>19</sup> De wetgevende arbeid die hierop volgde, leidde tot een nieuw Burgerlijk Wetboek dat op 1 februari 1831 in werking zou treden.<sup>20</sup> Bij wet van 1825 was reeds de titel over huur en verhuur vastgesteld.<sup>21</sup> In het hierin voorkomende art. 30 (art. 1631 in het doorgenummerde BW) treft men de hierboven weergegeven vertaling aan van art. 1743 van de Code Napoléon.<sup>22</sup>

Echter, de Belgische opstand van augustus 1830 maakte een opschorting van de nieuwe wetgeving noodzakelijk.<sup>23</sup> In 1831 volgde een besluit tot herziening van de inmiddels totstandgekomen wetgeving, waaronder het Burgerlijk Wetboek.<sup>24</sup> De herziening leidde tot een nieuwe redactie van art. 1631 BW. Bij wetsontwerp van 13 februari 1833 werd de tekst voorgedragen van het artikel dat tot op heden geldt als art. 7A:1612 BW. Het wetsontwerp passeerde in 1833 de beide Kamers der Staten-Generaal.<sup>25</sup> In de parlementaire beraadslagingen werd aan art.

<sup>15</sup>Zie uitgebreid Lokin en Zwolve (1986), p. 171-179. Vgl. ook Kunst, deel I, p. 101, noot 99, die aanhaalt de Loi du 3 sept. 1807 en Décret du 27 mars 1852, krachtens welke wet resp. welk decreet de Code Civil des Français gedurende twee perioden heette: Code Napoléon.

<sup>16</sup>De Blécourt (1939), p. 64-65; Kunst, deel I, p. 108.

<sup>17</sup>De tekst van de Code Civil is afgedrukt in de hierboven aangehaalde (bij art. 1508 Code Napoléon) wettenbundel, op p. 400.

<sup>18</sup>Deze vertaling is deels ontleend aan het art. 30 van het 'Ontwerp van Wet, bevattende Titel VIII van Boek III: van huur en verhuur', te vinden in Hand. II 1824-1825 (Bijl.), p. 113 (de Franse tekst, die van art. 1743 Code Civil iets afwijkt, is aldaar naast de Nederlandse opgenomen).

<sup>19</sup>Grondwet 1814 en 1815, resp. de artikelen 100 en 163, te vinden bij W.J.C. van Hasselt, Verzameling van Nederlandse Staatregelingen en Grondwetten. Zie voorts De Blécourt (1939), p. 64-65.

<sup>20</sup>Stbl. 1830, no. 41.

<sup>21</sup>Stbl. 1825, no. 21.

<sup>22</sup>Vgl. Hand. II 1823-1824 (Bijl.), p. 254, vraagpunten 16 en 16a, en Hand. II 1824-1825 (Bijl.), p. 113, art. 30: op deze plaats is dit artikel in de Nederlandse en Franse taal opgenomen.

<sup>23</sup>Stbl. 1831, no. 1.

<sup>24</sup>Stbl. 1831, no. 6.

<sup>25</sup>Zie voor het wetsontwerp, ingediend bij Koninklijke Boodschap van 13 februari 1833, Hand. II 1832-1833 (Bijl.), p. 526. Het wetsontwerp werd aanvaard op 15 juni 1833, vgl. Hand. I 1832-1833, p. 305 en Stbl. 1833, no. 37.

1631 niet veel aandacht geschonken.<sup>26</sup> Was de zevende *titel* van Boek III BW, waar art. 1631 deel van uitmaakte, in 1833 reeds tot wet verheven, in 1838 volgde een Koninklijk Besluit, bepalende dat het herziene Burgerlijk Wetboek in werking zou treden op 1 oktober 1838.<sup>27</sup> Aldus, zoals bekend, geschiedde.

Art. 34 Pw is inhoudelijk een verwoording van art. 7A:1612 BW. Voor de pacht is hiermee het adagium 'koop breekt geen pacht' vastgelegd. Oorspronkelijk, dat wil zeggen in het BW van 1838, was de pacht geregeld als onderdeel van en op dezelfde voet als huur en verhuur (art. 1586-1616). Daarnaast bestonden er enkele speciale bepalingen met betrekking tot huur van landerijen (art. 1624-1636).<sup>28</sup> Tengevolge van, globaal gesproken, economische crises en de Eerste Wereldoorlog, die de economische kwetsbaarheid van de pachter aan het licht brachten, kwam een afzonderlijke pachtwetgeving tot stand. In het Voor-Ontwerp dienaangaande van 1923 werd voorgesteld het pachtrecht tot een zakelijk recht te maken.<sup>29</sup> Een bepaling met de strekking van art. 7A:1612 BW zou dan niet nodig zijn, maar werd toch ingelast (art. 1627b), om de regeling betreffende de pacht niet te laten verschillen van die van art. 7A:1612 BW.<sup>30</sup> Het voorstel werd echter niet door de regering overgenomen.<sup>31</sup> Een bepaling als art. 7A:1612 BW werd nu ontworpen (art. 1627a).<sup>32</sup> De eerste twee zinnen van deze bepaling vormen de tekst van het huidige art. 34 van de Pachtwet 1958.<sup>33</sup> Voorafgaand aan deze Pachtwet werd dit artikel aangetroffen in de (eerste) Pachtwet van 1937<sup>34</sup> (art. 13) en in het Pachtbesluit van 1941<sup>35</sup> (art. 4).

### 1.2.3. *Ratio*

Een omschrijving van de ratio van art. 7A:1612 BW kan het beste worden ingeleid met de termen billijkheid en algemeen belang.<sup>36</sup> Art. 7A:1612 BW is een correctie op een mogelijk gevolg van de leerstellige indeling in goederen- en verbintenissenrecht. Krachtens die indeling kan een huurder de dupe worden van een eigendomsoverdracht van het gehuurde pand door

<sup>26</sup>Vgl. Hand. II 1832-1833 (Bijl.), p. 537 (MvT), 545 (PV der Afd.), 553 (Antw. der Afd.). Zie over de betreffende beraadslagingen ook hierna, hoofdstuk 8, par. 8.7.3 t/m 8.7.6.

<sup>27</sup>KB van 10 april 1838, Stbl. 1838, no. 12. Zie over de rol van dit besluit en de vereisten voor inwerkingtreding van de nieuwe wetboeken de kritische opmerkingen van Kunst, deel I, p. 116-117.

<sup>28</sup>Zie uitgebreid over de legislatieve geschiedenis van het pachtrecht De Haan (1969), p. 4-23 en Hand. II 1954-1955 (Bijl.), 3884, no. 3 (MvT), p. 18-20. Zie voorts over de origine van art. 34 Pw. bijv. Ph.A.N. Houwing, De Pacht, Mei 1942, p. 153-154; De Haan (1969), p. 504-515 en 4-23 (algemene wetsgeschiedenis); Pachtwet (Houwing/Heisterkamp), art. 34, nr. 418.

<sup>29</sup>Zie De Haan (1969), p. 1-8.

<sup>30</sup>MvT ad art. 1627b, Hand. II 1928-1929 (Bijl.), p. 10-11.

<sup>31</sup>Vgl. bijv. Hand. II 1930-1931 (Bijl.), p. 3-4 (MvA).

<sup>32</sup>Zie het eerste wetsontwerp en de NvW, Hand. II 1930-1931 (Bijl.), respectievelijk p. 9 en 11.

<sup>33</sup>Wet van 23 januari 1958, Stb. 37.

<sup>34</sup>Wet van 31 mei 1937, Stb. 205.

<sup>35</sup>12 november 1941, Verordening 1941, p. 215.

<sup>36</sup>Vgl. Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 88.

de verhuurder. Een nieuwe eigenaar heeft immers als goederenrechtelijk gerechtigde in beginsel niets te maken met persoonlijke afspraken van zijn rechtsvoorganger, de oorspronkelijke verhuurder. De nieuwe eigenaar hoeft de huurder (dan) niet te dulden. Een hoogst onbillijk gevolg, omdat de huurder daarmee als persoonlijk gerechtigde overgeleverd zou zijn aan de willekeur van zijn wederpartij, de eigenaar/verhuurder, zulks niettegenstaande de verplichting van de verhuurder om de huurder het ongestoord huurgenot te verschaffen. In art. 7A:1612 BW wordt dit mogelijke gevolg gecorrigeerd, in de eerste plaats om redenen van billijkheid jegens de huurder, maar ook vanwege het belang van de samenleving bij een rechtvaardige benadering van het huurderschap.

De hier beschreven ratio van art. 7A:1612 BW zal nader ter sprake komen in het rechts-historische onderzoek met betrekking tot dit artikel in hoofdstuk 8. Op deze plaats kan reeds vermeld worden, dat de Nederlandse wetgever met art. 7A:1612 BW niet bedoeld heeft het recht van de huurder tot een zakelijk (goederenrechtelijk) recht te maken.<sup>37</sup> In het komende (Nederlandse) recht zal dit niet anders zijn.<sup>38</sup> Niettemin is en wordt voor het Nederlandse recht verdedigd, dat er rechtswetenschappelijk geen barrière bestaat om aan het huurrecht een zakelijk karakter toe te kennen.<sup>39</sup>

De ratio van art. 34 Pw verschilt volgens de wetgever niet van die van art. 7A:1612 BW.<sup>40</sup> Meer nog echter dan bij art. 7A:1612 BW ligt bij art. 34 Pw de nadruk op bescherming van de economisch zwakkere partij (de pachter). Immers, heeft de huurder vooral een huisvestingsbelang bij het voortbestaan van de huurovereenkomst, de pachter is voor zowel zijn huisvesting als zijn inkomen afhankelijk van de pachtovereenkomst<sup>41</sup>. De Pachtwet als geheel strekt ertoe de pachter te beschermen.<sup>42</sup> Het adagium 'koop breekt geen pacht', dat in art. 34 Pw gelezen kan worden, is van die bescherming slechts een onderdeel. Aan het artikel zijn weinig tot geen theoretische beschouwingen gewijd. Dit is niet zeer verwonderlijk, omdat, zoals reeds is opgemerkt, bij het ontwerpen en redigeren van art. 34 Pw voornamelijk is aangeknoopt bij art. 7A:1612 BW. Verwezen mag worden naar het vorige onderdeel, waarin de wetsgeschiedenis van art. 34 Pw is weergegeven.

#### 1.2.4. Ontwerp BW (artikelen 7:226 en 7:227)

<sup>37</sup>Vgl. Asser-Abas (HUUR), (1990), nr. 15; Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 88.

<sup>38</sup>Toelichting Boek 7, p. 912.

<sup>39</sup>Zie bijvoorbeeld Schoordijk (1986), p. 271; *dezelde*, NJB 1992/37, p. 1204, alsmede Van Berckel, diss., p. 141. Vgl. tevens Nelissen, diss., p. 280-284, die enige bedenkingen tegen een absoluut zakelijk huurrecht aanvoert ('Wie dergelijke dwaasheid wil, stemme voor een absoluut zakelijk regt des huurders') (p. 284). Zie voorts M.M. Asbreuk-van Os, WPNR 6386 (2000), p. 35 en WPNR 6395 (2000), p. 218, betogende dat het huurrecht verheven dient te worden tot een beperkt recht. De wetgever reageert afwijzend op dit voorstel, TK 26 089, nr. 6, p. 28-35. Zie over dit voorstel ook J.H.M. van Erp, WPNR 6407 (2000), p. 456-457, met reactie van M.M. Asbreuk-van Os op p. 458-459. Zie ook hierna, hoofdstuk 9, noot 37.

<sup>40</sup>MvT ad art. 33 Pw, Hand. II 1954-1955 (Bijl.), 3884, nr. 3, p. 42.

<sup>41</sup>Vgl. De Haan (1969), p. 1-4, 53; Asser-Brunner (Pacht) (1990), nr. 6A.

<sup>42</sup>Zie bijv. Hand. II 1928-1929 (Bijl.), 437, nr. 3 (MvT), en Pachtwet (Houwing/Heisterkamp), art. 34, nr. 418: 'De wettelijke regeling daarvan (van de pacht, RW) is immers er vooral op gericht de band tussen de pachter en het gepachte te versterken.'



In het herziene<sup>43</sup> Ontwerp voor een nieuw BW is de rechtssystematische benadering van art. 7A:1612 BW gehandhaafd. De huurder heeft een persoonlijk recht dat hij in beginsel niet tegen een opvolgend eigenaar kan invoeren. Krachtens wetsduiding, art. 7:226 Ontwerp BW, gaan echter de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst over op de verkrijger. De koper wordt met de eigendomsoverdracht (de eigendomsovergang) van het gehuurde in plaats van de verkoper partij bij de bestaande huurovereenkomst.<sup>44</sup>

Art. 7:226 Ontwerp BW kent vier leden (art. 7A:1612 BW: twee leden) en luidt<sup>45</sup>:

1. Overdracht van de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft en vestiging of overdracht van een recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal op de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft, door de verhuurder doen de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst, die daarna opeisbaar worden, overgaan op de verkrijger.
2. Overdracht door een schuldeiser van de verhuurder wordt met overdracht door de verhuurder gelijkgesteld.
3. De verkrijger wordt slechts gebonden door die bedingen van de huurovereenkomst, die onmiddellijk verband houden met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen tegenprestatie.
4. Bij huur van een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan alsmede van een woonwagen in de zin van artikel 235 en van een standplaats in de zin van artikel 236, kan niet van de voorgaande leden worden afgeweken.

Voor het onderhavige onderwerp zijn vooral de leden 1 en 2 van belang.<sup>46</sup> In lid 1 van art. 7:226 Ontwerp BW wordt de regeling omtrent de eigendomsoverdracht van overeenkomstige toepassing verklaard op vestiging of overdracht door de verhuurder van de beperkte rechten vruchtgebruik, erfpacht en opstal op de verhuurde zaak.<sup>47</sup> De regeling lijkt aldus in overeenstemming te zijn met de oorspronkelijke ratio van art. 7A:1612 BW; het artikel is immers geschreven voor het geval een reeds verhuurde zaak in eigendom wordt overgedragen.<sup>48</sup> Het ligt dan voor de hand om het adagium 'koop breekt geen huur' van overeenkomstige toepassing te verklaren op andere, eveneens latere goederenrechtelijke handelingen. De huurder wordt beschermd tegen de vestiging van een later beperkt recht of de overdracht van een zodanig recht.

<sup>43</sup>Zie voor het eerdere Ontwerp van titel 7.4 door E.M. Meijers, Tekst Boek 7 (vierde gedeelte), i.h.b. art. 7.4.4.1, en Toelichting Boek 7, i.h.b. p. 939-951. Zie over de herziening C.A. Adriaansens, RM Themis 1995/1, p. 3-14; N.M. van der Horst, NbBW februari 1999/afl. 2, p. 14-16; P. Abas, N7BR 1999/2, p. 35-38; N.M. van der Horst, N7BR 1999/3, p. 79-94; Dozy/Jacobs (1999), p. 154.

<sup>44</sup>TK 26 089, nr. 5, p. 15. Zie ook MvT ad art. 7:226 Ontwerp BW, TK 26 089, nr. 3, p. 35 onder 1, verwijzende naar Toelichting Boek 7, p. 939 (punt 1 en 4). De toelichting in laatstgenoemd werk betreft de voorganger van art. 7:226, art. 7.4.4.1 Ontwerp BW.

<sup>45</sup>TK 26 089, nrs. 1-2, p. 6.

<sup>46</sup>Het derde lid formuleert hetgeen thans reeds geldt als vaste rechtspraak van de Hoge Raad; Zie Toelichting Boek 7, p. 942; Asser-Abas (Huur) (1990), nr. 95, alsmede de MvT op art. 7:226, TK 26 089, nr. 3, p. 35-36. Het nieuwe lid 4 werd voorgesteld door C.A. Adriaansens, RM Themis 1995/1, p. 6-7, en toegelicht in de genoemde MvT, t.a.p.; zie voorts TK 26 089, nr. 5, p. 15-16 en hiervoor, paragraaf 1.2.1.

<sup>47</sup>In gelijke zin het Ontwerp Meijers, vgl. Toelichting Boek 7, p. 939, 943 (nr. 13) en 944. Waarschijnlijk wordt ook reeds onder art. 7A:1612 BW deze toepasselijkheid aangenomen; zie hoofdstuk 7, par. 7.2.1.

<sup>48</sup>Dit blijkt uit de ontstaansgeschiedenis van het artikel, hierna, in hoofdstuk 8 te bespreken.

Echter, in het eerste lid van art. 7:226 Ontwerp BW wordt bepaald dat de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst, die daarna opeisbaar worden, overgaan op de verkrijger, óók wanneer het gaat om de overdracht van `een' beperkt recht. De algemene formulering impliceert dat ook bij overdracht van een *eerder* gevestigd beperkt recht de verkrijger beperkt gerechtigde wordt. Deze bepaling staat haaks op de oorspronkelijke ratio en leidt tot de nodige moeilijkheden<sup>49</sup>, zoals nader zal worden uiteengezet.<sup>50</sup>

In art. 7:227 Ontwerp BW wordt aan de regeling van art. 7:226 lid 1 toegevoegd:

'In geval van vestiging of overdracht van een ander dan de in artikel 226 lid 1 genoemde beperkte rechten op de zaak is de gerechtigde jegens de huurder verplicht zich te onthouden van een uitoefening van dat recht, die het gebruik door de huurder belemmert.'

In beide artikelen klinkt de ratio van art. 7A:1612 BW door: de *eerdere* huurder wordt op gronden van redelijkheid en billijkheid beschermd. Met betrekking tot de overdracht van een beperkt recht wordt in art. 7:226 lid 1 Ontwerp BW bepaald, dat het een overdracht `door de verhuurder' moet zijn; gezien het verband tussen beide artikelen moet wellicht hetzelfde gelezen worden in art. 7:227 Ontwerp BW, dat enkel spreekt van `overdracht'.

In art. 7:226 lid 2 Ontwerp BW, dat mede ziet op executie door een hypotheekhouder, ligt besloten dat het adagium `koop breekt geen huur' geacht wordt óók van toepassing te zijn op de situatie `huur-na-hypotheek': wordt een hypotheekhouder bij executie geconfronteerd met een huurrecht dat tot stand is gekomen ná de vestiging van zijn hypotheekrecht, dan dient hij dat latere huurrecht in beginsel te respecteren.<sup>51</sup> Ook deze bepaling staat haaks op de oorspronkelijke ratio van het artikel.<sup>52</sup>

### 1.3. Art. 1230 Oud BW

#### 1.3.1. Korte beschrijving

---

<sup>49</sup>Besproken door M.M. Asbreuk-Van Os, WPNR 6386 (2000), p. 31-35, met reactie van R. Westrik en naschrift van M.M. Asbreuk-Van Os, WPNR 6395 (2000), p. 214-217 resp. 217-218. Zie ook de reactie van de wetgever op deze discussie, TK 26 089, nr. 6, p. 28-35 en de nadere bespreking van één en ander hierna, in hoofdstuk 7.

<sup>50</sup>Zie hoofdstuk 7.

<sup>51</sup>Aldus uitdrukkelijk de wetgever in zijn toelichting op art. 7:226 Ontwerp BW, TK 26 089, nr. 3, p. 36, sprekende van een principiële hoofdregel die het uitgangspunt is voor de uitzondering van art. 3:264 BW. In de Nota naar aanleiding van het verslag, TK 26 089, nr. 6, p. 32 onderstreept de wetgever deze hoofdregel nog eens. Zulks ten onrechte, zoals hierna in hoofdstuk 7 zal worden uiteengezet.

<sup>52</sup>Zie hierna, hoofdstuk 7.

Art. 1230 Oud BW is de directe voorloper van art. 3:264 BW, het artikel waarin het huidige huurbeding regeling vindt. Het huurbeding heeft van oudsher vooral de volgende strekking: bescherming van de hypothecaire schuldeisers tegen waardedaling van het verhypotheceerde goed tengevolge van verhuring daarvan, en bescherming tegen mogelijke benadeling als gevolg van vooruitbetaling van huurpenningen aan de verhuurder. In art. 1230 lid 1 Oud BW stond het eigenlijke huurbeding geformuleerd, in lid 2 het pachtbeding. Het derde lid bevatte een verwijzing naar het leerstuk der Actio Pauliana. Deze verwijzing is niet in het nieuwe recht overgenomen omdat zij overbodig was.<sup>33</sup>

Art. 1230 Oud BW luidde:

1. Indien de akte, waarbij de hypotheek is gevestigd, een uitdrukkelijk beding bevat, waarbij de schuldenaar in zijne bevoegdheid is beperkt, hetzij om het bezwaarde goed buiten toestemming des schuldeischers te mogen verhuren of verpachten, hetzij ten aanzien van de wijze waarop, of van den tijd gedurende welken hetzelve zal kunnen worden verhuurd of verpacht, hetzij ten aanzien van de vooruitbetaling der huur- of der pachtpenningen, zal zoodanig beding niet alleen verbindende zijn tusschen de partijen, maar ook tegen den huurder of den pachter kunnen worden ingeroepen door den schuldeiser die zoodanig beding op de openbare registers zal hebben doen aanteekenen.
2. Indien zodanig beding is gemaakt met betrekking tot hoeven of los land, heeft het slechts werking, voorzover het niet in strijd is met enig dwingend voorschrift van de Pachtwet. Zodanig beding verliest zijn werking, indien de grondkamer een daarmede strijdige bepaling bindend vaststelt in de pachtovereenkomst, dan wel de ingevolge de Pachtwet vereiste goedkeuring van of toestemming tot zodanig beding weigert. Een beding, dat de schuldenaar verplicht is hoeven voor kortere tijd dan twaalf jaren en los land voor kortere tijd dan zes jaren te verpachten, heeft geen kracht.
3. Alles onverminderd de bepalingen van art. 1377, welke, zoo daartoe gronden zijn, door alle de schuldeischers zullen kunnen worden ingeroepen, om het even of er al dan niet eenig beperkend beding op het stuk der verhuring, verpachting of vooruitbetaling gemaakt zij.

### *1.3.2. Wetsgeschiedenis<sup>34</sup>*

Een met art. 1230 Oud BW overeenstemmende bepaling kwam niet voor in de Franse Code

---

<sup>33</sup>TM ad art. 3.9.4.8 (het latere en huidige art. 3:264 BW), Parl. Gesch. Boek 3, p. 815 (Meijers spreekt op die plaats nog van 'Artikel 1230 lid 2 BW', maar dit tweede lid werd later vernummert tot lid 3 door tussenvoeging van het pachtbeding in een nieuw lid 2 (dit geschiedde in 1955; zie hierna, par. 1.5.1).

<sup>34</sup>De uitgebreide ontstaansgeschiedenis van art. 1230 Oud BW vindt men in Voorduin IV, p. 568-576. Zie voorts, meer specifiek, Hand. II 1832-1833 (Bijl.), p. 586, 590, 595, 600; Hand. II 1833-1834 (Bijl.), p. 10, 16, 18-19, 24-25, 29, 31, 34; Hand. II 1833-1834 (Versl.), p. 186, 187, 223. De ontstaansgeschiedenis van art. 1230 wordt voorts besproken, veelal aan de hand van de werken van Voorduin, door Van Kleffens, diss., p. 75 v.; Van Lier, Preadvies BN 1924, p. 171-195; A.R. de Bruijn, RM Themis 1961, p. 98-105; Roes, diss., p. 87-92. Zie voorts het rechts-historische onderzoek naar de betekenis van de art. 7A:1612 en art. 3:264 BW in hoofdstuk 8, par. 8.7.3 t/m 8.7.6.

Civil, die aan ons BW voorafging.<sup>55</sup> De rechtsbronnen maken evenmin melding van een dergelijke bepaling in het Romeinse recht.<sup>56</sup> Men kan stellen, zoals Land doet<sup>57</sup>, dat zulks 'natuurlijk' is; in het Romeinse recht gold in beginsel immers de regel 'koop breekt huur'. Aan een bepaling als art. 1230 Oud BW bestaat dan geen behoefte. Land verwijst in dit verband naar Dernburg, die de crediteur verplicht acht om te bewerkstelligen, althans een poging daartoe te ondernemen, dat de koper de huurcontracten overneemt.<sup>58</sup> Eerst in 1820 dient zich de discussie aan met betrekking tot executie tengevolge van insolventie van de eigenaar van verhuurd onroerend goed.<sup>59</sup>

De eerste tekst van (het latere) art. 1230 Oud BW treft men aan in de Kamerstukken van 1833.<sup>60</sup> Het betreft vrijwel woordelijk het latere art. 1230 Oud BW, leden 1 en 3 zoals hierboven weergegeven.<sup>61</sup> Op 21 april 1834 wordt deze tekst met 44 tegen 6 stemmen aangenomen.<sup>62</sup> Op 28 april 1834 verenigt de Eerste Kamer zich met de wetsontwerpen.<sup>63</sup> De plaatsing in het Staatsblad volgt in 1834.<sup>64</sup>

### 1.3.3. Ratio

---

<sup>55</sup>Zie hierboven, par. 1.2.2.

<sup>56</sup>Althans, ik heb deze 'melding' niet kunnen vinden.

<sup>57</sup>Land III, p. 383, noot 3.

<sup>58</sup>Dernburg II, p. 148 v., spreekt van de verplichting van de crediteur, om zoveel mogelijk de belangen van de uitgewonnen debiteur te beschermen en er zoveel mogelijk voor te waken, dat deze wordt aangesproken door andere schuldeisers wier rechten door de executie komen te vervallen. Met 'rechten' doelt Dernburg echter op zakelijke rechten; Land, t.a.p., verwijst naar deze redenering met betrekking tot het persoonlijke huurrecht. Vergelijk over het onechte derdenbeding in het Romeinse recht voorts hoofdstuk 8, paragraaf 8.4.2.

<sup>59</sup>Men zie het '16e vraagpunt van stellige wetgeving over het 3de boek', opgesteld naar aanleiding van art. 2608 van het Ontwerp 1820 en van art. 1743 van de Code Napoléon. Zie Hand. II 1823-1824 (Bijl.), p. 253-254. Zie voorts Voorduin IV, p. 570 en Voorduin V, p. 220. Vgl. omtrent dit vraagpunt ook hierna, hoofdstuk 8, paragraaf 8.7.5.

<sup>60</sup>'Koninklijke Boodschap, ingekomen in de zitting van 13 maart 1833.; Hand. II 1832-1833 (Bijl.), p. 586. Vgl. ook Voorduin IV, p. 568: 'I. Dit artikel werd niet gelezen in de wet van 5 maart 1825, S.B. No. 41, of in het B.W. 1830; hetzelfde is vastgesteld bij art. 18 der wet van 28 april 1833, S.B. No. 18.' (Het jaartal van de door Voorduin genoemde vaststelling moet overigens zijn: Staatsblad van 1834, nr. 18 (Wet van 28 april 1834, waarin gesteld wordt, bij onderdeel nr. 18 (niet: artikel 18): 'Tusschen art. 1260 en 1261 zal een nieuw artikel worden geplaatst, luidende als volgt: (..)).

<sup>61</sup>In het eerste lid wordt dan nog gesproken van 'aan den huurder of den pachter kunnen worden tegengeworpen'; dit wordt uiteindelijk 'tegen den huurder .... tegengeworpen', zulks om buiten twijfel te stellen dat een beroep op het huurbeding 'zoowel bij actie als bij exceptie kan worden uitgeoefend'; vgl. Hand. II 1832-1833 (Bijl.), p. 595, en Hand. II 1833-1834 (Bijl.), p. 29. In het derde lid wordt gesproken van 'art. 1403' in plaats van art. 1377. Beide artikelen betreffen de Pauliana-regeling. Het laatste artikel stamt echter uit het BW van 1838; art. 1403 was de voorloper ervan uit het BW van 1830.

<sup>62</sup>Hand. II 1833-1834 (Versl.), p. 187.

<sup>63</sup>Hand. I 1833-1834, p. 223.

<sup>64</sup>Wet van 28 april 1834, Staatsblad 1834, no. 18.

## DE BELANGRIJKSTE ARTIKELEN

De wetgever heeft met art. 1230 Oud BW voornamelijk beoogd hypothecaire schuldeisers te beschermen tegen schade door verhuuring/verpachting of door vooruitbetaling van huur- of pachtpenningen.<sup>65</sup> Art. 1230 Oud BW werd ingelast, aldus de Memorie van Toelichting<sup>66</sup>,

‘(.) om de schuldeischers voor schade te waarborgen, waaraan zij, volgens de dagelijksche ondervinding, maar al te zeer zijn blootgesteld.

Het gebeurt toch zeer dikwijls, dat verhypothekeerde perceelen, door den eigenaar en na het leggen van het verband, voor vele jaren worden verhuurd of verpacht, of wel de huur- of pachtpenningen voor eene reeks van jaren worden vooruit genoten. Hierdoor verliest het pand natuurlijk veel van deszelfs waarde, terwijl de schuldenaar daardoor voordeelen trekt, waarvan hij den schuldeischer berooft.

Ten einde dit te voorkomen, strekt het voorgesteld artikel; het zal echter alleen gelden, indien de partijen zulks uitdrukkelijk hebben bedongen en dat beding, ter zijde van het perceel, op de openbare registers is bekend gemaakt; het geldt alleen ten behoeve van dien schuldeischer.

Indien echter zoodanige kunstgrepen zijn in het werk gesteld door de zamenspanning van den huurder en den verhuurder, dan kan die overeenkomst door elken schuldeischer, naar luid van art. 1403<sup>67</sup>, worden aangerand.’

Aangenomen kan worden, dat de oorzaak van de schade, waaraan de schuldeisers zijn blootgesteld, gezocht moet worden in het toepasselijk achten van art. 7A:1612 BW op de situatie waarin een hypotheekhouder geconfronteerd wordt met een later huurrecht (de situatie ‘huur-na-hypotheek’). Het artikel wordt in de motivering door de Regering weliswaar niet nader aangehaald, maar de nadelige gevolgen voor een hypotheekhouder van een verhuuring, verpachting of een cessie van huur- of pachtpenningen kunnen eigenlijk alleen herleid worden tot een werking van het adagium ‘koop breekt geen huur’ óók indien een hypotheekhouder executeert krachtens een aan het huurrecht anterieur hypotheekrecht.<sup>68</sup>

Uit de beraadslagen in de Tweede Kamer komen met betrekking tot art. 1230 Oud BW vrijwel geen nadere beschouwingen naar voren.<sup>69</sup> Alleen in de ‘4e afdeling’ wordt op de bestaansreden van het voorgestelde art. 1230 Oud BW ingegaan. Uit het betoog blijkt, hoezeer de werking van art. 7A:1612 BW in de situatie ‘huur-na-hypotheek’ het uitgangspunt van het denken is, zij het waarschijnlijk impliciet:

‘De Afdeeling gevoelt het belangrijke van eene bepaling tot wegneming van die frauduleuse handelwijzen, waarvan zoo vele en treffende bewijzen bestaan; een beding, als het in dit artikel omschrevene, acht zij in het algemeen dus wel geschikt om dat misbruik gedeeltelijk weg te nemen; doch eenige leden zijn tevens van oordeel, dat het verkieslijker zoude zijn, eene algemeene wetsbepaling, ook zonder beding,

<sup>65</sup>In de literatuur treft men deze opvatting over de bestaansreden (indien aanwezig) van art. 1230 ook veelal aan; zo bijv. bij Asser-Scholten Zakenrecht (1913), p. 403-405; Van Lier, Preadvies BN 1924, o.a. p. 170-179, 182; Cerutti (1972), p. 59; Roes, diss., p. 121 noot 1.

<sup>66</sup>Hand. II 1832-1833 (Bijl.), p. 590. Vgl. voorts Voorduin IV, p. 571-572.

<sup>67</sup>In het BW van 1838 werd dit art. 1377; zie hierboven, par. 1.3.2, noot 61.

<sup>68</sup>Art. 7A:1612 wordt, in een weergave van de ontstaansgeschiedenis van art. 1230, ook als uitgangspunt van redeneren genomen door bijvoorbeeld Voorduin V, p. 220 v. en A.R. de Bruijn, RM Themis 1961, p. 98. Ook rond 1830 was het adagium reeds een veelbesproken onderwerp; zie de weergave van wetgeving, rechtspraak en literatuur alsmede het verdere bronnenonderzoek door Nelissen, p. 252-267.

<sup>69</sup>Vgl. Voorduin IV, p. 572-573, weergevende de opvattingen van de 3e, de 5e en de 1e afdeling.

in te voeren.<sup>70</sup>

De bedoelde werking van art. 7A:1612 BW moet aan dit betoog ten grondslag liggen, omdat het frauduleuze handelen door de eigenaar/verhuurder kennelijk werking heeft jegens de hypotheekhouder en de koper. Dat handelen bestaat in het voor vele jaren verhuren of verpachten, dan wel in het vooruitgenieten van de huur- of pachtpenningen voor een reeks van jaren (vgl. de hierboven weergegeven Memorie van Toelichting). Met frauduleus wordt vooral bedoeld op het opzettelijk benadelen van de schuldeiser (hypotheekhouder), die de waarde van het verbonden goed ziet verminderen (er is daarnaast ook benadeling van de koper, die aan een huurcontract wordt gebonden). Anders gezegd: zonder de werking van art. 7A:1612 BW zouden de handelingen van de eigenaar/hypotheekgever de hypotheekhouder niet kunnen deren.

Met het oog op de vooronderstelde werking van art. 7A:1612 BW is het verwonderlijk, dat in de 4e afdeling wordt voorgesteld een

'algemeene wetsbepaling, ook zonder beding, in te voeren.'

Met een algemene wetsbepaling worden de pijlen echter niet gericht op de veroorzaker van 'het leed' in deze 'huur-na-hypotheek'-situatie, zijnde art. 7A:1612 BW. Dit is verwonderlijk, omdat het neerkomt op symptoombestrijding. In het voorstel wordt namelijk eerst de werking van de algemene bepaling, art. 7A:1612 BW, gehandhaafd, door welke werking een hypotheekhouder kennelijk ook een later huurrecht dient te respecteren. Vervolgens moet art. 7A:1612 BW voor dat geval toch niet gelden, omdat de praktijk hinder ondervindt van de sterke werking van het huur- of pachtrecht ('waarvan zoo vele en treffende bewijzen bestaan'). Ter correctie wordt gedacht aan een tweede algemene wetsbepaling, die de mogelijkheid van het misbruik zou moeten wegnemen, zonder dat een hypotheekhouder dat zelf zou behoeven te bedingen. Cerutti spreekt in dit verband van een

'(..) automatische wettelijke uitzondering op de regel 'koop breekt geen huur'(..)'.<sup>71</sup>

Wat men zich bij 'automatisch' moet voorstellen is, gezien het eerdere handhaven van de werking van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek', niet helder.

Door twee leden van de 4e afdeling wordt voorgesteld te bepalen dat in geval van uitwinning de huur zou moeten eindigen:

'(..) huur gaat wel is waar voor koop, in geval het eene vrijwillige verkooping is, waarbij de eigenaar geen ander regt kan overdragen dan hij zelve heeft, doch bij uitwinning geldt het regten van derden, welke door de huur benadeeld worden; doorgaans zijn de hypotheeken bij gebrek aan betaling der interessen jaarlijks opzegbaar, en dan moet ook jaarlijks het verhypotheekte goed denzelfden waarborg blijven opleveren als het bij het vestigen der hypotheek aanbod; lage huren vernietigen dien waarborg, en strijden dus tegen de regten der hypotheekhouders; de eigenaar kan die regten niet verkorten, en dus eene verhuring geeft inderdaad aan den huurder meerder regt, namelijk dat van een langdurig gebruik, over, dan hij zelve heeft. (..)<sup>72</sup>

<sup>70</sup>Hand. II 1833-1834 (Bijl.), p. 18-19. Zie voorts Voorduin IV, p. 574-576.

<sup>71</sup>Cerutti, p. 59.

<sup>72</sup>Hand. II 1833-1834 (Bijl.), p. 18-19. Zie voorts Voorduin IV, p. 574-576.

De botsing tussen een hypotheekhouder en een latere huurder wordt beslecht in het voordeel van het anterieure hypotheekrecht. Het oudere recht prevaleert (prioriteit), waarmee de noodzaak van een artikel als art. 1230 Oud BW zou komen te vervallen. Een dergelijke conclusie wordt in het betoog echter niet expliciet getrokken.<sup>73</sup>

Nog weer andere leden van (nog steeds) de 4e afdeling

‘(..) meenen, dat een middenweg zoude kunnen worden gekozen, door de verhuring van gehypotheeerde goederen gelijk te stellen met die, door vruchtgebruikers aangegaan; zij merken een gelijksoortigheid op tusschen den vruchtgebruiker, wiens genot van eene onzekere voorwaarde, doorgaans die van zijn overlijden, afhangt, en den eigenaar, wiens eigendom almede afhangt van de voorwaarde van *rentebetaling en aflossing*.’<sup>74</sup>

In deze benadering zou de latere huur of pacht eveneens komen te vervallen, wanneer de hypotheekhouder wegens staken van betaling van rente en aflossing tot uitwinning van het verbondene overgaat. Wederom zou de prioriteitsregel gelden, zij het dat deze via een omweg wordt bereikt, namelijk door voor het bijzondere geval van verhuring van verhypothekerde goederen te bepalen, dat deze wordt aangegaan onder de (ontbindende) voorwaarde van uitwinning door de hypotheekhouder.

‘Eenige leden’ van de 4e afdeling tenslotte schijnt het voorgestelde beding te beperkend te zijn, omdat het ziet op het al of niet verhuren, terwijl de wijze waarop verhuurd wordt, de problemen veroorzaakt. Volstaan zou kunnen worden met alleen een bepaling van de tijd waarvoor zou kunnen worden verhuurd, in combinatie met de bepaling dat alle vooruitbetaling van huur als niet geschied beschouwd zou worden.

Deze oplossing blijft steken in het bestrijden van een euvel, dat reeds is veroorzaakt door aan art. 7A:1612 BW een vergaande werking toe te kennen. Getracht wordt namelijk alleen ‘het misbruik dat gemaakt kan worden’, te reguleren. Overigens wordt de veronderstelde werking van art. 7A:1612 BW gehandhaafd (een hypotheekhouder dient een latere verhuring te respecteren).

De regering antwoordt op de oplossingen, door de 4e afdeling aangedragen, als volgt<sup>75</sup>:

‘(..) dat het verbreken der huur, in geval van uitwinning eens perceels, niet bij dezen Titel kan worden vastgesteld, maar de overweging van dit punt bij den Titel van huur en verhuur te pas kwam. Bij gelegenheid der raadplegingen over dien Titel heeft men vermeend, zoodanige bepaling niet te kunnen aannemen, vermits ieder huurder, die een perceel voor een zeker tijdvak had gehuurd, elk oogenblik zoude gevaar loopen hetzelfde te moeten ruimen en nimmer zeker zoude zijn, of hij, niettegenstaande zijne geslotene overeenkomst, niet spoedig tot verhuizing en het zoeken eener andere woning zoude worden genoodzaakt.’

De rechtsonzekerheid voor de huurder, voortvloeiende uit diens afhankelijkheid van een

---

<sup>73</sup>Zie over de vraag, of deze benadering om de huur te doen ophouden bij hypothecaire executie is op te vatten als een poging om de veronderstelde werking van art. 7A:1612 BW jegens een bestaande, anterieure hypotheekhouder te beëindigen, hierna, hoofdstuk 8, par. 8.7.3 t/m 8.7.6.

<sup>74</sup>Hand. II 1833-1834 (Bijl.), p. 19.

<sup>75</sup>Hand. II 1833-1834 (Bijl.), p. 24-25. Zie voorts Voorduin IV, p. 573-576.

correct handelen door de eigenaar/verhuurder jegens de hypotheekhouder, geeft voor de regering de doorslag. Gevreesd wordt evenmin voor een te belemmerende werking van het voorgestelde artikel voor de eigenaren (wanneer hypothecaire schuldeisers verhuur buiten hun toestemming in het algemeen zouden verbieden<sup>76</sup>). De regering stelt namelijk, dat de hypothecaire schuldeisers

„(.) belang hebben bij de voordeelige verhuring van het perceel en in allen gevalle een mogelijk misbruik den wetgever niet behoort af te houden om eenen maatregel voor te schrijven, die zich zoo zeer aanbeveelt en op welken men zoo zeer prijs heeft gesteld.”<sup>77</sup>

De 4e afdeling voert op dit antwoord nog aan, dat een meer algemene bepaling nodig zou zijn. Deze zou bij de titel 'Van onderzetting of hypotheek' (titel XX) vastgesteld kunnen worden (ondanks dat de eigenlijke plaats ervan de titel over huur en verhuur zou zijn). De afdeling blijft van oordeel, dat de huurcontracten op verhypothekerde goederen bij executie van deze goederen niet dadelijk opzegbaar zouden behoren te zijn, maar eerst bij het aflopen van bepaalde verhuurtijden en, ten aanzien van landerijen, bij het aflopen van regelmatige bebouwing. Ook wordt nog betoogd, dat huurcontracten in elk geval niet langer zouden mogen duren dan huurcontracten 'bij vruchtgebruikers aangegaan', en dat alle vooruitbetaling van huurpenningen nietig en van onwaarde verklaard zou moeten worden.<sup>78</sup> Op de opmerkingen komt van regeringszijde geen reactie meer.

Geconcludeerd mag worden, dat de wetgever als ratio of bestaansreden van art. 1230 Oud BW heeft gezien de bescherming van schuldeisers tegen schade door verhuring/verpachting of door vooruitbetaling van huur- of pachtpenningen. Opmerkelijk is daarbij, dat de wetgever die (hypothecaire) schuldeisers kennelijk<sup>79</sup> niet wilde beschermen door een ander uitgangspunt in te nemen, namelijk dat huurovereenkomsten die ná de verhypothekering zijn aangegaan, bij executie vervallen. Een te grote rechtsonzekerheid voor de huurder, voortkomende uit afhankelijkheid van de eigenaar/verhuurder (in het bijzonder van diens betaling van rente en aflossing aan de hypotheekhouder), zou volgens de wetgever het gevolg zijn. De huurder zou nimmer zeker zijn of hij, ondanks het door hem gesloten huurcontract, niet ineens het gehuurde zou moeten ontruimen en naar een andere woning zou moeten zoeken. De wetgever koos daarom - wederom: kennelijk - voor een regeling waarin een hypotheekhouder niet-verhuring van het verbodene moet bedingen.

Het gevolg van deze opvatting is, dat aan een huurrecht als later totstandgekomen persoonlijk recht in beginsel een sterkere werking toekomt dan aan een anterieur goederenrechtelijk recht als hypotheek.<sup>80</sup> Dit levert naar huidig recht een merkwaardig verschil op met zowel na het hypotheekrecht gevestigde goederenrechtelijke rechten als met andere persoonlijke rechten (ouder of jonger dan het hypotheekrecht) die in botsing komen met het hypotheekrecht. Immers, de latere goederenrechtelijke rechten vervallen bij de uitwinning van het verbonden goed (art. 3:273 BW), en eerdere of latere persoonlijke rechten kan de

<sup>76</sup>Dit bezwaar werd aangevoerd door de 1e afdeling, vgl. Hand. II 1833-1834 (Bijl.), p. 16. Zie voorts Voorduin IV, p. 572-573.

<sup>77</sup>Hand. II 1833-1834 (Bijl.), p. 25. Zie voorts Voorduin IV, p. 573-576.

<sup>78</sup>Hand. II 1833-1834 (Bijl.), p. 34. Zie voorts Voorduin IV, p. 575-576.

<sup>79</sup>Zie ook hierna, hoofdstuk 8, par. 8.7.3 t/m 8.7.6.

<sup>80</sup>Vgl. Roes, diss., p. 91. Vgl. ook hierna, hoofdstuk 9, par. 9.10.



goederenrechtelijk gerechtigde hypotheekhouder in beginsel zonder meer negeren. In het Ontwerp BW (art. 7:226 en 7:227) wordt de opvatting zelfs expliciet ook op andere beperkte rechten dan het hypotheekrecht toegepast, en dat heeft dan ook - onontkoombaar - bizarre consequenties (zie hiervoor, 1.2.4 en hierna, hoofdstuk 7).

#### 1.4. Art. 3:264 BW

##### 1.4.1. Korte beschrijving

Met het oude huurbeding, art. 1230 Oud BW, hingen reeds vele vragen samen. Deze hebben (mede) aanleiding gegeven tot een zeer uitvoerige wetgevingsgeschiedenis van art. 3:264 BW. Die geschiedenis is zo uitvoerig, dat een beschrijving ervan het overzichtsmatige karakter van dit onderdeel ver te buiten zou gaan. Volstaan wordt daarom met een schets van enkele hoofdlijnen. In de hoofdstukken 2 tot en met 7 zullen de vragen en onduidelijkheden rond het huurbeding, inclusief - waar nodig - de wetsgeschiedenis, inhoudelijk nader aan de orde komen.

Art. 3:264 BW voorziet, naast bescherming van de hypotheekhouder, ook in een zekere bescherming van de huurder van het verhypotheekerde goed. Het artikel luidt:

1. Indien de hypotheekakte een uitdrukkelijk beding bevat waarbij de hypotheekgever in zijn bevoegdheid is beperkt, hetzij om het bezwaarde goed buiten toestemming van de hypotheekhouder te verhuren of te verpachten, hetzij ten aanzien van de wijze waarop of van de tijd gedurende welke het goed zal kunnen worden verhuurd of verpacht, hetzij ten aanzien van de vooruitbetaling van huur- of pachtpenningen, hetzij om het recht op de huur- of pachtpenningen te vervreemden of te verpanden, kan dit beding niet alleen tegen latere verkrijgers van het bezwaarde goed, maar ook tegen de huurder of pachter en tegen degene aan wie het recht op de huur- of pachtpenningen werd vervreemd of verpand, worden ingeroepen, zulks zowel door de hypotheekhouder, als na de uitwinning van het bezwaarde goed door de koper, dit laatste echter alleen voor zover deze bevoegdheid op het tijdstip van de verkoop nog aan de hypotheekhouder toekwam en deze de uitoefening daarvan blijkens de verkoopvoorwaarden aan de koper overlaat.
2. De inroeping kan niet geschieden, voordat het in artikel 544 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bedoelde exploit van aanzegging of overneming is uitgebracht. De bepalingen betreffende vernietigbaarheid zijn van toepassing met dien verstande dat de termijn van artikel 52 lid 1 loopt vanaf de voormelde aanzegging of overneming en dat een in strijd met het beding gekomen rechtshandeling slechts wordt vernietigd ten behoeve van degene die het inroept, en niet verder dan met diens recht in overeenstemming is.
3. Indien het beding is gemaakt met betrekking tot hoeven of los land, heeft het slechts werking voor zover het niet in strijd is met enig dwingend wettelijk voorschrift omtrent pacht. Zodanig beding heeft geen werking, voor zover de grondkamer bindend aan de pachtovereenkomst een daarmee strijdige inhoud heeft gegeven, dan wel het beding niet kon worden nageleefd, omdat de grondkamer een wijzigingsovereenkomst die aan het beding beantwoordde, heeft vernietigd. Een beding dat de hypotheekgever verplicht is hoeven voor kortere tijd dan twaalf jaren en los land voor kortere tijd dan zes jaren te verpachten, is nietig.
4. Indien het beding is gemaakt met betrekking tot huur van woonruimte of huur van bedrijfsruimte, heeft het slechts werking, voor zover het niet in strijd is met enig dwingend wettelijk voorschrift omtrent zodanige huur. Het beding dat de verhuur van woonruimte of bedrijfsruimte uitsluit, kan niet tegen de

- 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.
5. Voor zover een beroep op een beding tot gevolg zal hebben dat de huurder van woonruimte, waarop de artikelen 1623a-1623f van Boek 7A van toepassing zijn, moet ontruimen, kan het beding slechts worden ingeroepen nadat de president van de rechtbank daartoe op verzoek van de hypotheekhouder verlof heeft verleend. Het verlof is niet vereist ten aanzien van een huurovereenkomst met vernietiging waarvan de huurder schriftelijk heeft ingestemd of die is tot stand gekomen na de bekendmaking, bedoeld in artikel 516 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
  6. De president verleent het verlof, tenzij ook met instandhouding van de huurovereenkomst kennelijk een voldoende opbrengst zal worden verkregen om alle hypotheekhouders die het beding hebben gemaakt en dit jegens de huurder kunnen invoeren, te voldoen. Zo hij het verlof verleent, veroordeelt hij tevens de opgeroepen of verschenen huurders en onderhuurders tot ontruiming en stelt hij een termijn vast van ten hoogste één jaar na de betekening aan de huurder of onderhuurder van zijn beschikking, waarbinnen geen ontruiming mag plaatsvinden. Tegen een beschikking waarbij het verlof wordt verleend, staat geen hogere voorziening open.
  7. Indien het recht van de huurder of pachter door vernietiging krachtens lid 2 verloren gaat, wordt aan hem uit de bij de executie verkregen netto-opbrengst van het goed met voorrang onmiddellijk na hen tegen wie hij zijn recht niet kon invoeren, een vergoeding uitgekeerd ten bedrage van de schade die hij als gevolg van de vernietiging lijdt. Is de koper bevoegd het beding in te roepen, dan wordt van hetgeen aan de schuldeisers met een lagere rang toekomt, een met de te verwachten schade overeenkomend bedrag gereserveerd, totdat vaststaat dat de koper van zijn bevoegdheid geen gebruik maakt.
  8. Onder de huurder in de zin van dit artikel wordt begrepen degene die ingevolge artikel 1623g lid 1 of artikel 1623h lid 1 van Boek 7A medehuurder is.

#### *1.4.2. Wetsgeschiedenis<sup>81</sup>*

In het Ontwerp Meijers bestond art. 3.9.4.8 uit slechts één lid, dat strekte ter vervanging van art. 1230 lid 1 Oud BW. Het tweede lid van art. 1230 Oud BW was overbodig en kon vervallen.<sup>82</sup> Aan het eerste lid was toegevoegd, ten opzichte van de tekst van art. 1230 Oud BW, de mogelijkheid om cessie of verpanding van huur- of pachtpenningen te beperken of te verbieden bij huur- of pachtbeding. Deze versie van art. 3.9.4.8 werd als wetsontwerp in 1954 door de regering aan het parlement aangeboden.<sup>83</sup>

<sup>81</sup>Zie over de wetgevingsgeschiedenis van art. 3:264 BW vanaf 1980 ook M. Tratnik en R.F.H. Mertens, Kw.ber. Nieuw BW 1988/2, p. 46-51.

<sup>82</sup>TK 3770, nr. 1 (OM); Toelichting Boek 1-4, p. 283-284. In het ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek van 1929 kwam reeds een soortgelijke versie van dit artikel voor, aldus de Toelichting Meijers, a.w., p. 283. Zie voorts A.R. de Bruijn, RM Themis 1961, p. 137-138.

<sup>83</sup>TK 3770, nrs. 1 (Aanbieding ontwerp van wet tot vaststelling van Boek 3 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek); TK

In 1980 werden aan het ontwerp-artikel een tweede en een derde lid toegevoegd<sup>84</sup>, inhoudende respectievelijk een bepaling omtrent de gevolgen van oproeping van het huurbeding en een bepaling van inhoudelijk gelijke strekking als het pachtbeding, dat sinds 1958 in art. 1230 lid 2 Oud BW was neergelegd.<sup>85</sup> Niet lang daarna, in 1982, verscheen een Ontwerp van Wet, waarin aan art. 3.9.4.8 nog eens vier nieuwe leden (lid 4 t/m 7) werden toegevoegd.<sup>86</sup> Deze leden hielden bepalingen in

- omtrent het niet strijdig mogen zijn van een huurbeding met enige bepaling van dwingend huurrecht en omtrent het reeds verhuurd zijn (of het bestemd zijn daartoe) van het te verhy-potheekeren goed ten tijde van het maken van het huurbeding (lid 4);
- omtrent rechterlijke tussenkomst, vereist voor het oproepen van een huurbeding bij woonruimte waarop de artikelen 1623a-1623f (thans van Boek 7A) van toepassing zijn (lid 5);
- omtrent aansprakelijkheid van de hypotheekgever voor schade die door de huurder (en de eventuele) onderhuurder wordt geleden als gevolg van het oproepen van het huurbeding (lid 6) en
- omtrent de gelijkstelling van een medehuurder ex art. 1623g lid 1 of 1623h lid 1 (thans van Boek 7A), met een huurder (lid 7).

In 1983 volgde echter de zogeheten Operatie Stofkam, waarbij werd voorgesteld aan de leden 4-7 van art. 3.9.4.8 een afzonderlijk wetsontwerp te wijden. De - inmiddels<sup>87</sup> - vijf leden werden hierop weer afgevoerd.<sup>88</sup> In het tweede lid werd een wijziging aangebracht in verband met het tijdstip waarop het huurbeding zou kunnen worden ingeroepen, en met de mogelijke verjaring van de rechtsvordering.<sup>89</sup>

In 1985 werd aan het artikel opnieuw een vierde lid toegevoegd, inhoudende een vergoedingsrecht voor de huurder die zijn recht verliest tengevolge van oproeping van het huurbeding.<sup>90</sup>

Dit vierde lid werd in 1987 vernummerd tot het huidige zevende lid van art. 3:264 BW, zulks naar aanleiding van een gezamenlijk amendement van de kamerleden Salomons en Van

3770, nr. 2 (Ontwerp van Wet).

<sup>84</sup>Vaststellingswet van 9 mei 1980, Stb. 430. Zie voor het wetsvoorstel betreffende deze uitbreiding TK 3770, nrs. 5 (MvA), p. 280-282, en 8 (GO).

<sup>85</sup>Wet van 23 januari 1958, Stb. 37 (Pachtwet). Zie voorts TK 3770, nr. 5 (MvA), p. 280-282 (ook weergegeven in Parl. Gesch. Boek 3, p. 815-817); TK 3770, nr. 8 (GO). Zie over het pachtbeding nader hieronder, par. 1.5.

<sup>86</sup>TK 17 496, nrs. 1-2 (resp. KB van 9 juli 1982 en OvW), p. 1, 15, en nr. 3 (MvT), p. 43-45.

<sup>87</sup>Hoe van 'lid 4-7' naar 'lid 4-8' wordt gegaan, is uit de betreffende kamerstukken niet goed op te maken. In TK 18 113 (Voortgangsnota), nrs. 1-2, p. 7 wordt voorgesteld om 'de leden 4-7' te ontkoppelen; in TK 17 496, nr. 6 (NvW), p. 6, wordt gesteld: 'De toevoeging van vier (curs. RW) nieuwe leden aan artikel 3.9.4.8 vervalt.' In de Toelichting op deze Nota (p. 6-22) wordt op p. 22 echter ineens gesproken over vijf leden, namelijk 'de leden 4-8'. Eerst vanaf het jaar 1985 wordt de overgang van vier naar vijf leden begrijpelijker; zie hieronder. Zie ook Albers-Dingemans (1998), p. 21-22.

<sup>88</sup>TK 17 496, nr. 6 (NvW), p. 6, 22. De Operatie Stofkam hield in (een onderzoek naar) vereenvoudigingen in het nieuwe vermogensrecht 'in de vorm van bijstelling, een achterwege blijven van invoering of een voorlopige opschorting', vgl. TK 18 113, nrs. 1-2 (Voortgangsnota), p. 3, 7.

<sup>89</sup>TK 17 496, nr. 6 (NvW), p. 22, en nr. 8 (GO), p. 15. Vgl. voorts TK 17 496, nr. 10 (MvA), p. 70.

<sup>90</sup>TK 17 496, nr. 10, p. 70 (MvA), nr. 11, p. 4 (2e NvW); TK 17 496, nr. 17 (Nader gewijzigd VvW), p. 17-18. Vgl. N.M. van der Horst, Kw.ber. Nieuw BW 1985/1, p. 15-16.

der Burg. In dit amendement werden aan art. 3:9.4.8 vier nieuwe leden toegevoegd (lid vier tot en met zes en lid acht).<sup>91</sup> Deze staan thans in art. 3:264 BW. Het gehele wetsvoorstel passeerde de Eerste Kamer in 1989.<sup>92</sup>

De eerste drie leden van het huidige art. 3:264 BW traden met het gehele nieuwe BW in werking op 1 januari 1992.<sup>93</sup> Met betrekking tot de leden vier tot en met acht gold een uitgestelde inwerkingtreding tot 1 januari 1995 (vgl. art. 115 Ow<sup>94</sup>).

### 1.4.3. *Ratio*

Voor het huidige recht wordt in art. 3:264 lid 1 BW de mogelijkheid voor de hypotheekhouder geopend om een huurbeding te maken en zich aldus in te dekken tegen een eventuele waardedaling van het verhypothekerde goed. Als waarborg voor de hypotheekhouder vormt het artikel een voortzetting van art. 1230 Oud BW. Meijers sprak in zijn oorspronkelijke ontwerp:

‘Dit artikel strekt tot vervanging van art. 1230 B.W.’<sup>95</sup>

Die vervanging is nadien echter voorzien van een aanpassing aan een andere en vooral complexere samenleving, waarin diverse en veelal tegengestelde belangen zich deden en doen gevoelen. Een afweging tussen deze belangen bracht in de van oorsprong eenduidige ratio van art. 1230 Oud BW, bescherming van de hypotheekhouder, een nuancering aan voor art. 3:264 BW. De strekking of bestaansreden van het huidige artikel kan als volgt worden omschreven: bescherming van de kredietverstrekkenende hypotheekhouder, maar ook van de huurder, van de woningzoekende koper in het algemeen en, nog algemener, van het financieel-economische belang van de samenleving bij de bouw van woon- en bedrijfsruimte.

---

<sup>91</sup>TK 17 496, nr. 20 (voorafgegaan door amendementen van de indieners afzonderlijk, met de nummers 18 en 19). Het amendement werd aangenomen op 1 juni 1987, zie Hand. II 1986/87, UCV 76, p. 93-4742. Vgl. N.M. van der Horst, Kw.ber. Nieuw BW 1986/2, p. 51-53.

<sup>92</sup>Kamerstukken I 1988/89, p. 1223 (34e vergadering, 27 juni 1989). Zie ook EK 17 496, nr. 225 (Tweede nader gewijzigd VvW) en EK 17 496, nr. 217 (VV).

<sup>93</sup>Stb. 1991, 600.

<sup>94</sup>Stb. 1991, 601.

<sup>95</sup>TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 814.

In de Parlementaire Geschiedenis, waarin deze belangenafweging is neergelegd<sup>96</sup>, treedt vooral de bescherming van de huurder op de voorgrond.<sup>97</sup> Diens belang om beschermd te worden tegen een plotselinge ontruiming door een schuldeiser van zijn wederpartij, de verhuurder, heeft een stempel gedrukt op de huidige versie van art. 3:264 BW. In meer algemene zin speelde mee het directe woonbelang van de Nederlandse burgers.<sup>98</sup> In dit belang kan worden voorzien door huur- en koopwoningen. De mate echter waarin geldverstrekkers bereid zijn tot kredietverlening voor koopwoningen over te gaan, hangt onder meer af van de te verwachten opbrengst bij een eventuele uitwinning van de alsdan verhypotheceerde zaak. De mogelijkheid van een waardedaling van de zaak na hypotheekverstrekking tengevolge van verhuring beïnvloedt die bereidheid niet positief (geen maximum-financiering per onderpand, hogere rentevergoeding). In nog algemenere, meer macro-economische zin deed het belang van de financiering van de woning- en bedrijfsruimtebouw zich gelden.

Het krachtenveld waarin art. 3:264 BW tot stand moest komen werd nog complexer door twee factoren. In de eerste plaats speelde het feit dat hypothecaire leningen veelal voor langere tijd worden aangegaan, met als gevolg dat een eventueel verdergaande bescherming van de huurder in een nieuw wetsartikel de bestaande hypotheekhouders zou verrassen. Zij konden tijdens het verstrekken van de kredieten dit hogere risico niet voorzien en niet verdisconteren in de voorwaarden voor kredietverlening. In de tweede plaats zou een lagere opbrengst bij executie tengevolge van grotere huurdersbescherming mogelijk leiden tot een groter beroep op reeds verleende gemeentegaranties.<sup>99</sup>

Gezien de tegengestelde belangen is het niet verwonderlijk, dat het wetgevingsproces rond art. 3:264 BW, alsmede het wetsartikel zelf, lang en ingewikkeld is geworden.

## 1.5. Het pachtbeding (art. 3:264 lid 3 BW; art. 1230 lid 2 Oud BW)

### 1.5.1. Korte beschrijving en wetsgeschiedenis

In pachtsituaties kan, evenals in huurverhoudingen, een beding gemaakt worden dat ziet op de condities waartegen of de tijd gedurende welke het goed mag worden verpacht. Teneinde ook deze materie wettelijk te regelen is het pachtbeding opgenomen in het huurbeding-artikel. Het huidige pachtbeding van art. 3:264 lid 3 BW luidt:

Indien het beding is gemaakt met betrekking tot hoeven of los land, heeft het slechts werking voor zover het niet in strijd is met enig dwingend wettelijk voorschrift omtrent pacht. Zodanig beding heeft geen werking, voor zover de grondkamer bindend aan de pachtovereenkomst een daarmee strijdige inhoud heeft gegeven, dan wel het beding niet kon worden nageleefd, omdat de grondkamer een

<sup>96</sup>Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1355.

<sup>97</sup>Zie bijv. VC II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 817, en het verslag van de (verdere) discussie in de Tweede kamer ad art. 3:264 BW, Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1352-1373. Vgl. ook Albers-Dingemans (1998), p. 22.

<sup>98</sup>Zie hierover bijv. A.A. Van Velten, WPNR 5941 (1989), p. 771 m.k.

<sup>99</sup>Aldus MvT Inv. ad art. 3:264 BW, Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1355. Vgl. hierover ook M.J.W. van Ingen, WPNR 6193 (1995), p. 591-596, met reactie van W.H.G.A. Filott en naschrift van M.J.W. van Ingen, WPNR 6212 (1996), p. 126-127 resp. 127.

wijzigingsovereenkomst die aan het beding beantwoordde, heeft vernietigd. Een beding dat de hypotheekgever verplicht is hoeven voor kortere tijd dan twaalf jaren en los land voor kortere tijd dan zes jaren te verpachten, is nietig.

Art. 3:264 lid 3 kwam met de invoering van het huidige BW in 1992 in de plaats van het vrijwel gelijklopende art. 1230 lid 2 Oud BW. Dit tweede lid van art. 1230 Oud BW werd voorgesteld in 1955<sup>100</sup> en in 1958 werd het in art. 1230 Oud BW ingevoegd.<sup>101</sup>

### 1.5.2. Ratio

De tekst van art. 3:264 lid 3 BW geeft reeds aan, dat de wetgever heeft bedoeld toetsing mogelijk te maken van de inhoud van een (huur- of) pachtbeding. Getoetst kan worden, behalve aan dwingendrechtelijke bepalingen van de Pachtwet, aan het wezen van een pachtverhouding c.q. een pachtovereenkomst. De bevoegdheid van de Grondkamer om een pachtovereenkomst te wijzigen of haar goedkeuring of toestemming te onthouden aan de geldigheid van het beding, komt in de toelichting op zowel art. 1230 lid 2 Oud BW als art. 3:264 lid 3 BW, duidelijk tot uiting.<sup>102</sup>

De ratio van het pachtbeding van de artikelen 1230 lid 2 Oud BW en 3:264 lid 3 BW moet gezocht worden in de voorziening die de artikelen beogen te treffen voor pachtsituaties, waarin een pachtbeding is gemaakt met betrekking tot de wijze waarop (de prijs waarvoor) of de tijd gedurende welke het goed mag worden verpacht.

In het algemeen was de tekst van art. 1230 lid 2 Oud BW nodig, aldus de wetgever, omdat in de Pachtwet (1937) geen regeling voorkwam omtrent de beperkingen die op grond van art. 1230 lid 1 Oud BW in de bevoegdheid van de schuldenaar konden worden aangebracht. Op grond van art. 5 van het Pachtbesluit 1941 kon de pachtrechter wel een beding terzijde stellen, dat de schuldenaar verbood het bezwaarde goed zonder toestemming van de hypotheekhouder te verpachten, maar dit was alleen mogelijk wanneer de verpachting de waarborg voor de hypotheekhouder niet aantastte. In het ontwerp van 1955 werd deze bepaling niet overgenomen, zulks vanwege de vrijheid van de eigenaar om al dan niet te verpachten. Opgemerkt werd, dat er

(...) uit een oogpunt van pachtrecht geen bezwaar tegen (is), dat hij zich tegenover de hypothecaire schuldeiser verbindt het goed niet zonder diens toestemming te zullen verpachten.<sup>103</sup>

<sup>100</sup>Wetsontwerp 5 maart 1955, Hand. II 1954-1955 (Bijl.), 3884, nr. 2, art. 174.

<sup>101</sup>Wet van 23 jan. 1958, Stb. 37, art. 174b.

<sup>102</sup>MvT, Hand. II 1954-1955 (Bijl.), p. 57, respectievelijk MvA II ad art. 3.9.4.8. (art. 3:264), Parl. Gesch. Boek 3, p. 816-817.

<sup>103</sup>MvT, Hand. II 1954-1955 (Bijl.), p. 57.

DE BELANGRIJKSTE ARTIKELEN

Deze benadering is door de wetgever herhaald ten aanzien van art. 3:264 lid 3 BW.<sup>104</sup>

Ook de mogelijkheid voor de hypothecaire schuldeiser om ten aanzien van de vooruitbetaling van pachtpenningen een beding te maken, maakt geen inbreuk op de voorschriften van de Pachtwet, aldus de wetgever.<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup>MvA II ad art. 3:9.4.8. (art. 3:264), Parl. Gesch. Boek 3, p. 816-817.

<sup>105</sup>MvT, Hand. II 1954-1955 (Bijl.), p. 57.

## 2. Art. 3:264 BW

### 2.1. Inleiding

In de nu volgende hoofdstukken 2 tot en met 7 worden problemen rond het huurbeding die in het huidige rechtssysteem bestaan, besproken en vervolgens geanalyseerd. In dit tweede hoofdstuk komen vragen aan de orde betreffende: de bestaansreden van art. 3:264 BW (2.2), de bevoegdheid van de hypotheekgever (2.3), de vooruitbetaling van huur- of pachtpenningen (2.4) en de toestemming tot verhuur van de hypotheekhouder (2.5).

De te bespreken problematiek wordt noodzakelijkerwijs in hoofdlijnen weergegeven. Zou op ieder probleem in extenso worden ingegaan, dan zouden niet alleen vragen worden besproken die door de tekst van het huidige art. 3:264 BW zijn ondervangen ten opzichte van het BW van vóór 1992<sup>1</sup>, er zou ook een doolhof ontstaan van mogelijke interpretaties en uitgangspunten.<sup>2</sup>

Uit de analyse (per paragraaf) zal telkens blijken, dat de oorzaak van de hier te bespreken vragen en onduidelijkheden ligt in de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. De regel 'koop breekt geen huur' van dit artikel wordt in die uitleg geacht ook te gelden in de situatie 'huur-na-hypotheek', dat wil zeggen, indien een hypotheekhouder bij de executie van het verbonden goed geconfronteerd wordt met een huurrecht dat ná de hypotheekvestiging (maar vóór de executie) is verleend. Een hypotheekhouder is dan in beginsel verplicht om dat latere huurrecht te respecteren.

Het geheel wordt besloten met een conclusie (2.6).

### 2.2. De bestaansreden van art. 3:264 BW

#### 2.2.1. Problematiek

In de literatuur bestaat geen eenstemmigheid omtrent de noodzaak van een wetsartikel als 3:264 BW (1230 Oud BW). Met enige regelmaat wordt betoogd, dat een of meer beperkingen van art. 3:264 lid 1 BW overbodig zijn, dan wel dat het artikel als zodanig zonder bezwaar zou kunnen vervallen. Enkele van deze uitingen zijn:

- een hypotheekhouder kan, door te bedingen dat een eventuele verhuring ter goedkeuring aan hem moet worden voorgelegd, als vanzelf toezien op de condities waaronder zal worden verhuurd. Afzonderlijke 'verboden' in het huurbeding omtrent de wijze waarop of de tijd gedurende welke wordt verhuurd of de vooruitbetaling van huurpenningen, zijn dan overbodig<sup>3</sup>;
- een verbod om vooruitbetaling van huurpenningen te *ontvangen* is onnodig, omdat een dergelijke handeling de hypotheekhouder niet kán deren. De Bruijn drukt het aldus uit, dat de betaling

---

<sup>1</sup>Bijvoorbeeld: is een beroep door de hypotheekhouder op het huurbeding mogelijk zonder dat het verbonden goed wordt geëxecuteerd? Zie over deze vraag, met vermelding van literatuur, Van Lier, (1924), p. 214-218.

<sup>2</sup>Men vergelijk de vele mogelijke interpretaties en benaderingen, weergegeven in hoofdstuk 9.

<sup>3</sup>A.R. de Bruijn, RM Themis 1961, p. 107, 110, 112.



ART. 3:264 BW

`(..) niet anders is dan het beschikken over zaken, welke als deel van het verbonden goed moeten worden beschouwd en welke dus, zolang het hypotheekrecht op het goed rust, onder dit hypotheekrecht vallen en derhalve aan de vrije beschikkingsmacht van de eigenaar-verhuurder onttrokken zijn.<sup>4</sup>;

-de beperking om huur- of pachtvorderingen te vervreemden of te verpanden kan overbodig geacht worden, op grond van een gelijke redenering als in het laatste citaat is vermeld.<sup>5</sup> Een vervreemding of verpanding van (nog niet opeisbare) huurvorderingen die tot stand kwam ná de hypotheekvestiging (maar vóór de executoriale verkoop), kan dan genegeerd worden door de (executerende) hypotheekhouder;

-het huurbeding heeft hoogstens enig nut om het misverstand te vermijden,

`(..), dat in geval van executie door een hypotheekhouder, wiens recht anterior was aan de huur-overeenkomst, de huurder zich op art. 1612 zou kunnen beroepen.<sup>6</sup>

-de niet zelden gebruikte formulering: `als het huurbeding niet overbodig is'; zie bijvoorbeeld Roes<sup>7</sup>:

`Immers, acht men art. 1230 niet overbodig, maar (..)'

en Pitlo/Brahn:

`Als art. 1230 niet overbodig is, is publicatie voor de zakelijke werking vereist. Maar ter zake van de vooruitbetaling der huurpenningen is art. 1230 onomstotelijk overbodig.<sup>8</sup>

De rechtsonzekerheid omtrent de functie of noodzaak van art. 3:264 BW brengt mee, dat een hypotheekhouder, om

`tegen elk denkbaar inzicht in doctrine en rechtspraak opgewassen (te) zijn<sup>9</sup>,

---

<sup>4</sup>A.R. de Bruijn, a.w., p. 111. In dezelfde zin bijvoorbeeld E.M. Meijers, WPNR 2840 (1924), p. 287-288; Veegens/Pitlo Zaken- en erfrecht (1941), p. 511-512; Pitlo-Brahn, Zakenrecht (1980), p. 541-542. Vgl. tevens bijvoorbeeld de artikelen 3:9 lid 4 BW en 507 lid 3 Rv.

<sup>5</sup>Zie bijv. Van Lier (1924), p. 222; E.M. Meijers, WPNR 2840 (1924), p. 287-288; Schermer-Eggers (1936), p. 179-180; A.R. de Bruijn, a.w., p. 112-118.

<sup>6</sup>Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 182. In gelijke zin Roes, diss. 1970, p. 106, 109 en Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 262.

<sup>7</sup>Diss., p. 106.

<sup>8</sup>Pitlo/Brahn, Zakenrecht 1980, p. 542.

<sup>9</sup>A.R. de Bruijn, a.w., p. 111. Zie voor verder verschillende inzichten omtrent strekking en noodzaak van het huurbeding voorts bijv. J.B.M. Roes, WPNR 5173 (1972), p. 221-223; H.P.J.M. Coebergh, WPNR 5351 (1976), p. 349; F.B. Blaisse, NJB 1981/13, p. 342; P. Rodenburg, NJB 1981/25, p. 643; P.A. Stein, NJB 1981/25, p. 659-660; J.E. Fesevur, Kw.ber. Nieuw BW 1984/0, p. 9; P. Rodenburg en J.W.M. Russell, WPNR 5705 (1984), p. 440, met reactie van M.J.O.M. de Haas, a.w., p. 440-441; P.A. Stein, WPNR 5735 (1985), p. 266, nr. 8 e.v.; A.J.H. Pleysier, Gron. Opn. en Meded. III (1986), nr. 16; P. Rodenburg en J.W.M. Russell, WPNR 5784 (1986), p. 332; R.A. Dozy, WPNR 5967 (1990), p. 430 m.k.; M.J.W. van Ingen, WPNR 6193 (1995), p. 593.

het huurbeding maar beter in de hypotheekakte kan opnemen. Het aantal vragen en onzekerheden neemt daarmee echter eerder toe dan af, zoals reeds uit dit hoofdstuk mag blijken.

### 2.2.2. Analyse

Men kan zich afvragen waarom de twijfel aan art. 3:264 BW en de daarin genoemde beperkingen nimmer tot een serieuze discussie over de noodzaak van een huurbedingartikel heeft geleid. Het antwoord is op het eerste gezicht eenvoudig: art. 3:264 BW heeft een praktische bestaansreden. De hypotheekhouder wil er zeker van zijn dat zijn recht niet door een latere verhuuring of verpachting wordt aangetast.<sup>10</sup> Met art. 3:264 BW is beoogd te voorzien in die nadere regeling. De Bruijn beschrijft de functie van het huurbeding als volgt: de hypotheekhouder heeft in het artikel (art. 1230 Oud BW, thans art. 3:264 BW) een wettelijke basis om de condities waarop het verbonden goed eventueel verhuurd wordt, te controleren.<sup>11</sup> Uit art. 3:264 BW blijkt dat wanneer de hypotheekhouder geen huurbeding opneemt in de hypotheekakte en het verbonden goed nadien blijkt te zijn verhuurd, hij zich bij een eventuele executie niet kan beroepen op 'een in strijd met het beding gekomen rechtshandeling' (art. 3:264 lid 2 BW).

Wordt volstaan met deze redengeving, dan kan iedere onzekerheid over de bestaansreden van het huurbeding terzijde worden geschoven. De dagelijkse werkelijkheid krijgt dan de voorrang boven de vele interpretatieproblemen en onduidelijkheden en boven de rechtsonzekerheid rond het artikel. Er is dan een wetsbepaling, art. 3:264 BW, bestaande uit acht onderdelen en voorzien van een uitvoerige wetsgeschiedenis, terwijl het voorts een gegeven is dat het huurbeding in vrijwel iedere hypotheekakte standaard wordt opgenomen. Bovendien is er geen hypotheekhouder die zich afvraagt of het huurbeding wellicht weggelaten zou kunnen worden. Het feit tenslotte dat een hypotheekhouder het huurbeding vanwege de bestaande onzekerheden maar beter in de hypotheekakte kan opnemen, kan moeilijk betwist worden. Kortom: waar praten we over?

Zo kan men redeneren; het huurbeding (de opname van een huurbedingartikel in de wet) wordt nu als vanzelf een 'historisch onvermijdelijk' gegeven.<sup>12</sup> Even historisch onvermijdelijk zullen echter toch de interpretatieproblemen rond het beding zich blijven aandienen. Niet minder onontkoombaar moet vervolgens gespeurd worden naar een passende verklaring van het huurbeding binnen het systeem van het burgerlijk recht, met welk systeem art. 3:264 BW op tal van fronten botst.

Het valt echter - na twee voorbije eeuwen - zeer te betwijfelen of er ooit een verklaring passend is te krijgen. De ware oorzaak van de problemen ligt namelijk in een eerder stadium: art. 7A:1612 BW wordt (kennelijk) van toepassing geacht op de situatie 'huur-na-hypotheek'. Het huur- en het pachtcontract hebben als gevolg van deze ruime uitleg een zodanige werking, dat een huurbeding in het belang van de hypotheekhouder nodig is. De toepasselijkheid betekent immers, dat een *jonger* - dat wil zeggen: ná het hypotheekrecht totstandgekomen - huurrecht

<sup>10</sup>Vgl. in deze zin A.R. de Bruijn, a.w., p. 109-110. Ook de wetgever van de huurbeding-artikelen 1230 Oud BW en 3:264 BW stond een dergelijke bescherming van de hypotheekhouder voor ogen; zie hiervoor, hoofdstuk 1, par. 1.3.3 en 1.4.3.

<sup>11</sup>A.w., p. 107.

<sup>12</sup>Aldus Roes, diss., p. 106.

wordt beschermd tegen executie door de hypotheekhouder (dit is merkwaardig; de eigenlijke ratio van art. 7A:1612 BW is de bescherming van een *ouder*; want reeds bestaand huurrecht; zie de hoofdstukken 1 en 8). Het thans met art. 7A:1612 BW bereikte resultaat strijdt dubbel met de basisindeling in goederen- en verbintenissenrecht. Ten eerste behoeft een hypotheekhouder als goederenrechtelijk gerechtigde in het algemeen persoonlijke rechten (waaronder een huurrecht) niet te respecteren, ongeacht of deze van oudere of jongere datum zijn dan het hypotheekrecht. In de tweede plaats geldt algemeen, dat jongere goederenrechtelijke rechten aan een reeds bestaand hypotheekrecht niet kunnen worden tegengeworpen (de prioriteitsregel die geldt in het goederenrecht<sup>13</sup>). Door art. 7A:1612 BW toepasselijk te achten op de situatie 'huur-na-hypotheek' moet een hypotheekhouder zich met een huurbeding indekken tegen een jonger én persoonlijk huurrecht.

Samengevat: er is sprake van een probleem dat ontstaat door de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW; als gevolg daarvan dienen én het huurbeding én de daarmee samenhangende moeilijkheden zich aan. Gezien die uitleg als oorzaak van het bestaan van het huurbeding mag het dan ook geen verbazing wekken, dat de onzekerheden omtrent art. 3:264 BW zich niet laten 'wegverklaren' door enige interpretatie van dit artikel zelf. Intussen is er voor de ruime uitleg geen afdoende reden aan te voeren, zo zal blijken in de hoofdstukken 8 en 9. Bovendien is noch het belang van de huurder, noch dat van de hypotheekhouder ermee gediend. Integendeel zelfs: de ruime uitleg en dientengevolge het bestaan van het huurbeding maken een evenwichtige regeling van de rechtsverhouding tussen huurder en hypotheekhouder onmogelijk. In hoofdstuk 10 zal een eigen voorstel gedaan worden voor een beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW. Hierin wordt aan de naar huidig recht bestaande problemen in de situatie 'huur-na-hypotheek' niet toegekomen en verdwijnt de rechtsonzekerheid voor huurder en hypotheekhouder. Bovendien kan de thans bestaande bescherming voor de huurder (art. 3:264 leden 5-8 BW) inhoudelijk gehandhaafd blijven.

## 2.3. De bevoegdheid van de hypotheekgever

### 2.3.1. Verhuren

De beperkingen van art. 3:264 lid 1 BW vestigen de aandacht op de bevoegdheid van de hypotheekgever: deze *mag* na opneming van het huurbeding in de hypotheekakte niet meer buiten de hypotheekhouder om (zonder diens toestemming) verhuren of enige regeling treffen omtrent de vooruitbetaling, cessie of verpanding van de huurvorderingen. Maar *kan* hij het ook niet meer (in absolute zin (de huurovereenkomst is niet geldig) of in relatieve zin (de verhuur is geldig, maar kan niet strekken *ten nadele van de hypotheekhouder*))? Het meest waarschijnlijke antwoord op de vraag is: hij kan het wel, maar de hypotheekhouder kan tegen de huurovereenkomst het huurbeding inroepen. In deze zin oordeelt wellicht de wetgever:

---

<sup>13</sup>Vgl. bijv. art. 3:273 BW en TM (Algemene opmerkingen), Parl. Gesch. Boek 5, p. 3, opmerking 4.

^ (..) teneinde duidelijker te doen uitkomen dat het beding als deel van de hypotheekakte moet worden ingeschreven en slechts zijn werking heeft ten aanzien van een daarop gevolgde huur.<sup>14</sup>

In het citaat lijkt de aanname besloten te liggen, dat de hypotheekhouder een huurbeding nodig heeft om een huurrecht dat ná zijn hypotheekrecht en zonder zijn toestemming werd verleend, te kunnen negeren. Met andere woorden: de huur (aangegaan in strijd met het huurbeding) is geldig totdat het huurbeding wordt ingeroepen. Deze benadering treft men ook daar aan, waar wordt gesproken over vernietiging van de huur, in strijd met het huurbeding gesloten.<sup>15</sup>

Andere antwoorden lijken echter ook mogelijk. Wat bijvoorbeeld te denken van de volgende, vrij weergegeven redenering? De eigenaar blijft bevoegd tot verhuur, maar wordt hij bij een huurbeding in deze bevoegdheid beperkt, dan geldt de beperking niet slechts tussen partijen, doch kan het beding ook jegens de huurder of pachter worden ingeroepen.<sup>16</sup> Moet men uit deze mededeling afleiden dat de huur geldig tot stand is gekomen, zodat daartegen een huurbeding moet worden ingeroepen? Of juist dat de huur niet geldig is verleend, omdat de beperking geldt én tussen partijen én jegens de huurder of pachter? Dan lijkt geldigheid van de huurovereenkomst in materiële zin zelfs onbestaanbaar te zijn geworden. In laatstgenoemde zin - de huurovereenkomst kan niet geldig zijn aangegaan - is bijvoorbeeld op te vatten het volgende fragment (men lette vooral op het woord `onmogelijk`):

^ (..) ook de niet-eigenaar en zelfs hij die geen enkel recht op de verhuurde zaak kan doen gelden, kan een op zichzelf geldige huurovereenkomst aangaan als verhuurder. Evenzo Toel., p. 910. Evenwel maken enkele wetsbepalingen dit in sommige gevallen onmogelijk.' (verwezen wordt naar art. 3:264 BW, RW).<sup>17</sup>

Leidt het vorenstaande al tot twijfel omtrent de bevoegdheid van de hypotheekgever en de noodzaak van opname en/of inroeping van het huurbeding, het wordt nog dubieuzer indien het hierboven weergegeven `meest waarschijnlijke antwoord' wordt gevolgd en de geldigheid wordt aangenomen van een huurrecht dat is verleend in strijd met een huurbeding. Indien dat

<sup>14</sup>MvA II bij art. 3.9.4.8 (3:264) BW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 815. Zie in dezelfde zin bijvoorbeeld M.J.W. van Ingen, WPNR 6193 (1995), p. 591 r.k.: `Het (het feit dat een beroep op de nietigheid van de huur slechts mogelijk is ná de aanzegging van de executie ex art. 544 Rv, RW) maakt tevens duidelijk dat de hypotheekhouder de huur, hoewel in strijd met het huurbeding, moet gedogen.' Zie voorts hiervoor, hoofdstuk 1, par. 1.3 en 1.4.

<sup>15</sup>Zie bijvoorbeeld Diephuis VII (1886), p. 496; Land III (1902), p. 383-384; J. Eggens, Themis 1921, p. 217-218; S. van Brakel, WPNR 3554 (1938), p. 66 r.k.; Scholten (1951), p. 267; Pitlo-Brahm Zakenrecht (1980), p. 537; Pitlo-Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht (1994), nr. 870, 876; Goederenrecht (Rank-Berenschot) (1996) nrs. 572, 576.

<sup>16</sup>Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 262 grote letter.

<sup>17</sup>Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 12. Vgl. ook R.H. van Erp, NbBW juni 1993/Afl. 6, p. 66 (over Rb. Arnhem 19 maart 1993, KG 1993, 143): `Ondanks het bestaan van een huurbeding is de huurovereenkomst dus geldig' (de huurovereenkomst was in het betreffende geval twee dagen voor de hypotheekvestiging gesloten). En wat te denken van deze opmerking van de wetgever van art. 7:226 Ontwerp BW, TK 26 089, nr. 6, p. 32: ` (..) moet worden aangenomen dat in het huidige recht, zo geen beding als daar bedoeld is gemaakt, de bevoegdheid de wijze van exploitatie van het goed te bepalen bij de eigenaar-hypotheekgever is gebleven in dier voege dat deze ook na de vestiging van de hypotheek bevoegd blijft huurovereenkomsten te sluiten (..)? Wat moet gelden, indien er wél een huurbeding is gemaakt?

huurrecht namelijk botst met het hypotheekrecht, rijst de vraag naar de aard van het huurrecht (de rechtspositie van de huurder). Rond deze vraag is de rechtsleer ernstig verdeeld, zoals hierna zal blijken.<sup>18</sup> Enkele mogelijkheden zijn: verhuur is een daad van beheer en daarom is een huurbeding nodig<sup>19</sup>; verhuur is alleen beheer indien er geen huurbeding is gemaakt<sup>20</sup>; huur is een zakelijk recht<sup>21</sup>; huur is een kwalitatief recht.<sup>22</sup>

Een soortgelijke onduidelijkheid bestaat met betrekking tot het 'verbod' om vooruitbetaling van huur- of pachtpenningen te ontvangen of om huur- of pachtvorderingen te vervreemden of te verpanden. De vraag is dan of de vestiging van een hypotheekrecht, al dan niet met een huurbeding, meebrengt dat de eigenaar-hypotheekgever niet langer bevoegd is om ten nadele van de hypotheekhouder over de huurvorderingen te beschikken. Diverse antwoorden zijn mogelijk: de eigenaar is hiertoe volledig bevoegd als de 'eenig gerechtigde'<sup>23</sup>; hij is hiertoe niet bevoegd, althans niet ten nadele van de hypotheekhouder<sup>24</sup>; hij is hiertoe niet bevoegd, althans niet ten nadele van de hypotheekhouder, tengevolge van de inschrijving van het huurbeding<sup>25</sup>; hij is hiertoe niet bevoegd, zelfs zónder een huurbeding.<sup>26</sup> (Het maken van een keuze uit de mogelijkheden naar huidig recht wordt in deze studie niet voorgestaan; zie de Algemene inleiding, paragraaf 8. Het doel is de oorzaak van de problematiek te achterhalen; zie hierna, de analyse in paragraaf 2.3.3).

### 2.3.2. Hypotheekvestiging

Twijfels rond de bevoegdheid van de eigenaar/hypotheekgever rijzen ook indien de aandacht gericht wordt op de hypotheekvestiging-met-huurbeding zelf. Onduidelijk is, welke rechten de eigenaar/hypotheekgever 'over' heeft na de hypotheekvestiging. Heeft hij, door hypotheek te vestigen, een deel van zijn beschikkingsmacht afgestaan?<sup>27</sup> Ontleent de hypotheekhouder aan het huurbeding eigen rechten en zo ja, kan hij dan één of meer van deze aan de koper overdragen als afzonderlijke vermogensobjecten? Rechten die in dit verband genoemd worden zijn het recht om een beroep op het huurbeding te doen, het recht om 'vrij van huur' te leveren of

---

<sup>18</sup>Zie hoofdstuk 9.

<sup>19</sup>Zie bijvoorbeeld Pitlo-Brahn Zakenrecht (1980), p. 537.

<sup>20</sup>In deze zin bijv. J. Eggens, Themis 1921, p. 217.

<sup>21</sup>Van Berckel, diss., p. 141; Opzoemer VII, p. 362-368.

<sup>22</sup>Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht (1994), nr. 873.

<sup>23</sup>HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 m.n. EMM (De Boer/Haskerveenpolder), p. 1259-1260, met een beroep op art. 557 (Oud) BW, dat aan deze bevoegdheid geenszins in de weg staat, aldus de Hoge Raad. In een verwant geval uit 1991 (HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.n. HJS (Van Berkel/Tribosa) verwijst de Hoge Raad naar dit arrest uit 1940, maar niet duidelijk is, of de Hoge Raad in 1991 nog hetzelfde uitgangspunt aanhangt.

<sup>24</sup>E.M. Meijers, WPNR 2840 (1924) p. 287-288; A.R. de Bruijn, RM Themis 1961, p. 116-117. Zie ook de literatuur genoemd in de volgende noot. Een overzicht van de betreffende oudere literatuur treft men aan in o.a. de conclusie van PG Berger voor- en de noot van E.M. Meijers onder het arrest van 1940, NJ 1940, 848, alsmede in het genoemde artikel van De Bruijn.

<sup>25</sup>Vgl. (de literatuur genoemd bij) Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 262. Zie voorts Roes, diss., hfst. IV; A.R. de Bruijn, RM Themis 1961, p. 109; Van Lier (1924), p. 243-248.

<sup>26</sup>Vgl. bijv. Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 262, 264.

<sup>27</sup>Zie hierover bijvoorbeeld Van Lier (1924), p. 256; A. Bockwinkel, WPNR 5910 (1989), p. 184.

het recht om ontruiming van de huurder te vorderen.<sup>28</sup> Kort voor de invoering van het huidige BW in 1992 ontstond zich<sup>29</sup> nog een discussie over de vraag waar het 'ontruimingsrecht' van de koper vandaan zou komen.<sup>30</sup> Deze vraag is inmiddels gedeeltelijk (namelijk alleen voor woonruimte in de zin van art. 7A:1623a-1623f BW, zie art. 3:264 lid 5 BW) van een 'antwoord' voorzien door het bepaalde in art. 3:264 lid 6 BW (de huurder wordt tot ontruiming veroordeeld) en in art. 549 lid 3 Rv (de rechten uit de beschikking waarbij het verlot is verleend, gaan op de koper over). Voor andersoortige woonruimte of voor bedrijfsruimte speelt de problematiek van vóór 1992 onverkort.<sup>31</sup>

### 2.3.3. Analyse

De oorzaak van de hier besproken vragen ligt in het feit, dat art. 7A:1612 BW geacht wordt toepasselijk te zijn op de situatie 'huur-na-hypothek' (de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW). Dit blijkt reeds uit de weergegeven vragen: deze richten zich alle op een verhuur, aangegaan ná hypothekvestiging en in strijd met het huurbeding (gemaakt bij die hypothekvestiging). Nu lijkt deze constatering wellicht nog niet al te opvallend, gezien de vraagstelling in paragraaf 2.3.1: de hypotheekgever *mag* na het maken van het huurbeding niet meer buiten de hypotheekhouder om (zonder diens toestemming) verhuren. Maar *kan* hij het ook niet meer (met 'kunnen' wordt bedoeld: kan hij het niet meer *ten nadele van de hypotheekhouder*)?

Maar opmerkelijk is zij toch. Zodra er namelijk wordt verhuurd in strijd met een huurbeding, moet de werking van het huurbeding (bij executie) verklaard worden. Dan komen de aannames, veronderstellingen, vragen, onduidelijkheden en twijfels. Laat men dit 'mechanisme' tot zich doordringen, dan wordt duidelijk hoezeer de pogingen tot interpretatie bedoelen de situatie, ontstaan door de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, te verklaren, te verhelderen, te verbeteren of op te lossen. Kennelijk wordt de 'botsing' tussen een hypotheekhouder en een latere huurder als onevenwichtig ervaren, zowel voor de hypotheekhouder, die bij de hypothekvestiging nog weet waar hij aan toe is maar direct daarna niet meer (en zeker niet na een eventuele latere verhuur), als voor de huurder, die door een executie eventueel (door invoering van het huurbeding) het gehuurde zal moeten ontruimen.

Hoezeer de problematiek alléén speelt in het geval er in strijd met een huurbeding wordt verhuurd, wordt ook duidelijk indien de aandacht wordt verlegd van de situatie 'huur-na-hypothek' naar de omgekeerde situatie, 'hypothek-na-huur'. In dit laatste geval geldt dat de verhypothekering een *bestaand* huurrecht niet kan 'breken', evenmin als 'koop' (levering) dat kan (art. 7A:1612 BW). De huurder dient om redenen van redelijkheid en billijkheid immers beschermd te worden tegen een onnodige ontruiming van het reeds door hem gehuurde (zie hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.3). Het gevoelen dat een bestaand huurrecht moet worden gerespecteerd is algemeen. Het is verwoord in art. 7A:1612 BW en (meer impliciet) in art. 3:264 BW. Belangrijker is echter, dat het resultaat in die 'hypothek-na-huur'-situatie juridisch

<sup>28</sup>Zie voor deze driedeling bijvoorbeeld R.A. Dozy, WPNR 5967 (1990), p. 430.

<sup>29</sup>Zulks mede naar aanleiding van HR 3 februari 1989, NJ 1990, 249 m.n. WMK (Pirouette/Broekmeulen).

<sup>30</sup>Zie P. Abas, WPNR 5928 (1989), p. 506-507, met reactie van W. Heuff, WPNR 5928 (1989), p. 507, R.A. Dozy, WPNR 5967 (1990), p. 429-434, J.B.M. Roes, WPNR 5987 (1991), p. 4-5, en naschrift van P. Abas, WPNR 5987 (1991), p. 5.

<sup>31</sup>Zie ook hoofdstuk 4, par. 4.4.

geen onduidelijkheden en moeilijkheden oplevert. Het doorbreekt weliswaar het vigerende stelsel van goederen- en verbintenissenrecht (waarin een goederenrechtelijk gerechtigde hypotheekhouder in beginsel ieder persoonlijk recht kan negeren, zelfs een ouder (huur)recht dat reeds bestond ten tijde van de hypotheekvestiging), maar het doet dit om een goede reden. Nog belangrijker is, dat de uitkomst in deze situatie geen rechts~~o~~zekerheid veroorzaakt.

De vergelijking tussen de situaties 'huur-na-hypotheek' en 'hypotheek-na-huur' toont aan, dat de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW voorafgaat aan de rol en de invloed van art. 3:264 BW. Met het huurbedingartikel wordt namelijk voor de situatie 'huur-na-hypotheek' beoogd het volgende resultaat te bereiken: een hypotheekrecht dat anterieur is aan het huurrecht, dus dat reeds bestaat op het moment van verhuuring, is in te roepen tegen de huurder. Eerst is echter vastgesteld, door de ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW, dat het anterieure hypotheekrecht niet inroepbaar is jegens de latere huurder. Met het huurbeding doemen vervolgens de hier besproken vragen op.

Het vorenstaande leidt tot de vraag *waarom* art. 7A:1612 BW de bedoelde ruime werking zou hebben. Hierna, in de hoofdstukken 8 en 9 wordt naar een antwoord op die vraag gezocht.

#### 2.4. Vooruitbetaling van huur- of pachtpenningen

De beperking in de bevoegdheid om vooruitbetaling van huur- en pachtpenningen te bedingen, bij het huurbeding aan de hypotheekgever opgelegd, strekt er toe om de hypotheekhouder te behoeden tegen waardeverlies van zijn onderpand. De wetgever sprak bij het wetsvoorstel betreffende (het latere) art. 1230 (Oud) BW:

'Het gebeurt toch zeer dikwijls, dat verhuypothekeerde perceelen, door den eigenaar en na het leggen van het verband, voor vele jaren worden verhuurd of verpacht, of wel de huur- of pachtpenningen voor eene reeks van jaren worden vooruitgenoten. Hierdoor verliest het pand natuurlijk veel van deszelfs waarde, terwijl de schuldenaar daardoor voordeelen trekt, waarvan hij den schuldeischer berooft. Ten einde dit te voorkomen, strekt het voorgesteld artikel; (...).'<sup>192</sup>

Twee vragen zijn bij deze motivering te stellen. De eerste is of de vooruitbetaling wel beperkt of verboden móet worden (heeft het huurbeding een bestaansreden). Hiervoor, onder 2.2 kwam dit reeds aan de orde. De tweede vraag is, of de beperking of het verbod het waardeverlies kan tegengaan. Met betrekking tot deze vraag moet onderscheid worden gemaakt tussen de situaties 'huur-na-hypotheek' en 'hypotheek-na-huur'.

##### 2.4.1. De situatie 'huur-na-hypotheek'

Stel, de hypotheekhouder heeft bij de hypotheekvestiging een 'volledig' huurbeding, met alle door art. 3:264 lid 1 BW toegestane beperkingen, doen opnemen in de hypotheekakte. Na enige jaren besluit hij tot executie van het verbodene over te gaan. Duidelijk wordt, dat het verboden goed ná de hypotheekvestiging en buiten de hypotheekhouder om is verhuurd en dat bovendien de huurpenningen voor vier jaar zijn vooruitbetaald aan de hypotheekgever. De

---

<sup>192</sup>Hand. II 1832-1833 (Bijl.), p. 590; Voorduin IV, p. 571-572.

hypothekhouder ziet zich nu geconfronteerd met een dubbele waardedaling van het goed: de verhuur heeft het goed in waarde doen dalen tot ongeveer 60 % van de waarde in onverhuurde staat. Verder waardeverlies is opgetreden, doordat de hypothekhouder een eventuele koper de eerste jaren geen regelmatige huurinkomsten in het vooruitzicht kan stellen.

Stel nu voorts dat de hypothekhouder het pand in verhuurde staat zou willen verkopen, omdat een opbrengst van 60 % van de waarde in onverhuurde staat voldoende is om zijn vordering te voldoen. Die 60%-opbrengst zal hij dan wel willen realiseren. Kan hij daartoe een beroep doen op alléén het 'verbod' om vooruitbetaling van huur- of pachtpenningen te bedingen en/of te ontvangen? De hypothekhouder zou met een dergelijk, 'partieel' beroep op het huurbeding de verhuur, die eveneens zonder zijn toestemming tot stand was gekomen, alsnog erkennen. De bepaling tussen de verhuurder en de huurder betreffende de vooruitbetaling erkent hij echter niet.

Het ligt voor de hand dat de huurder, die opnieuw tot betaling zal worden aangesproken, zich in dit geval zal beroepen op constante jurisprudentie van de Hoge Raad<sup>33</sup> omtrent de werking van art. 7A:1612 BW. Volgens de Hoge Raad behoort tot de huurverhouding, die krachtens dit artikel geldig overgaat op de koper (nu het huurbeding niet is ingeroepen met betrekking tot de verhuur als zodanig), ook het beding betreffende de vooruitbetaling van de huurpenningen, omdat dit beding rechtstreeks op de huurverhouding betrekking heeft.<sup>34</sup>

Het alternatief voor de hypothekhouder zal duidelijk zijn: verkoop van het pand 'vrij van huur' door een beroep te doen op het volledige huurbeding, in het bijzonder op het verbod tot verhuur als zodanig.

In deze situatie schiet de beperking betreffende de vooruitbetaling van huur- of pachtpenningen haar doel voorbij: de hypothekhouder wordt - om voldoening van zijn vordering te verkrijgen - min of meer gedwongen het pand geheel 'vrij van huur' te verkopen, hoewel dit wellicht niet nodig zou zijn wanneer hij enkel de onbevoegdlijk gedane vooruitbetaling van huurpenningen ongedaan zou kunnen maken.

#### 2.4.2. De situatie 'hypothek-na-huur'

Werd er een hypotheekrecht gevestigd op een reeds verhuurd pand, dan is de hypothekhouder krachtens art. 7A:1612 BW gehouden dat reeds bestaande huurrecht in stand te laten. Hoe echter te oordelen over het geval, dat deze hypothekhouder een (standaard-) huurbeding in de hypotheekakte heeft doen opnemen én vervolgens - in strijd met deze bepaling - een vooruitbetaling van huurpenningen wordt overeengekomen en uitgevoerd tussen de hypotheekgever en de huurder? Geldt hier het huurbeding, zodat de hypothekhouder de vooruitbetaling als een meer bezwarende omstandigheid (vgl. art. 3:264 lid 4 BW) kan negeren,

<sup>33</sup>Zie voor een overzicht Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nrs. 95-96.

<sup>34</sup>Abas betoogt zelf (t.a.p.) overigens, dat de beperking door de Hoge Raad tot de 'rechtstreeks toepasselijke bedingen' onredelijk is en dat de gehele huurovereenkomst geacht moet worden voort te bestaan. Schrijver betoogt, dat zulks niet in strijd is met art. 7A:1612 BW en zelfs in volledige overeenstemming (is) met art. 34 Pachtwet, dat spreekt van een overgang 'in alle rechten en verplichtingen'.



ART. 3:264 BW

of werkt de bovengenoemde jurisprudentie-regel van de Hoge Raad in het voordeel van de huurder? In het laatste geval kan de huurder stellen, dat de afspraak omtrent de vooruitbetaling van huurpenningen tot de huurverhouding behoort. Het gevolg is dat de hypotheekhouder, die de huurverhouding al moest respecteren, de vooruitbetaling van huurpenningen ook niet zal kunnen aantasten. Een merkwaardige en zeer onheldere situatie, die bovendien niet de schoonheidsprijs verdient.

### *2.4.3. Analyse*

Een wonderlijke samenloop van verschillende werkingen van één artikel, 7A:1612 BW, is de oorzaak van de hier beschreven onzekerheden. Allereerst namelijk heeft art. 7A:1612 BW kennelijk tot gevolg, dat een later huurrecht geacht wordt sterker te werken dan een reeds bestaand hypotheekrecht.<sup>35</sup> Voor een latere afspraak over de vooruitbetaling van huurpenningen moet hetzelfde gelden, anders zou art. 3:264 BW hier overbodig zijn. Dit artikel maakt immers een beding mogelijk dat die vooruitbetaling verbiedt. De hypotheekhouder die niet geconfronteerd wil worden met een waardedaling van het hypothecair verbonden goed, zal zich met een huurbeding indekken tegen een latere huurverhouding en/of latere afspraken betreffende een (bestaande of latere) huurverhouding.

De tweede werking van art. 7A:1612 BW komt nu om de hoek kijken: afspraken die rechtstreeks op de huurverhouding betrekking hebben, behoren tot die huurverhouding (aldus de hierboven genoemde constante jurisprudentie van de Hoge Raad op art. 7A:1612 BW<sup>36</sup>). De tweede werking doorkruist het huurbeding, dat nu juist gemaakt was om de eerste werking ongedaan te maken. Art. 7A:1612 BW, dat door art. 3:264 BW was uitgeschakeld, geldt toch. Immers, eerst behoeft de hypotheekhouder een latere afspraak omtrent vooruitbetaling niet te respecteren op grond van het huurbeding, maar zodra hij de huurverhouding wel 'moet' respecteren (omdat deze al bestond ten tijde van het hypotheekrecht of omdat hij er geen belang bij heeft deze als geheel te vernietigen door inroeping van het huurbeding), wordt de latere afspraak omtrent de vooruitbetaling van de huurpenningen als het ware binnen de huurverhouding getrokken.

Het mag duidelijk zijn dat er iets niet klopt. Het resultaat is daarbij vooral zo wonderlijk vanwege de werking van art. 7A:1612 BW ten aanzien van huurrechten en afspraken omtrent vooruitbetaling die *na* de hypotheekvestiging totstandkomen. Alle reden om de aandacht te richten op het waarom van deze uitleg van art. 7A:1612 BW (hierna, hoofdstukken 8 en 9).

## **2.5. De toestemming van de hypotheekhouder**

### *2.5.1. Problematiek*

---

<sup>35</sup>Een eerder huurrecht moet de hypotheekhouder eveneens respecteren, maar die situatie ('hypotheek-na-huur') veroorzaakt niet veel moeilijkheden (zie voor een vraag in deze situatie bijv. Mijnsen (1987), p. 56-57 en Van Mierlo, diss., p. 108-109).

<sup>36</sup>Zie voor een overzicht Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nrs. 95-96. Zie ook hierna, hoofdstuk 3.

In de huidige financieringspraktijk komt het veelvuldig voor, dat verhuur in strijd met een huurbeding door een geldschieter wordt toegestaan zolang de nakoming van de kredietverplichtingen niet in gevaar komt. Verhuur zal meestal (tezamen met verpanding van de huurvorderingen) mede in het belang van de hypotheekhouder zijn en om die reden - al of niet stilzwijgend - door hem worden gedoogd.<sup>37</sup> Worden de kredietverplichtingen niet langer nagekomen, dan staat hem niettemin een beroep op het huurbeding open. Bij Asser-Van Velten valt op dit punt het volgende te lezen<sup>38</sup>:

'In de regel laten namelijk hypotheekhouders - met name de hypotheekbanken - zich weinig gelegen liggen aan de nakoming van het beding, zolang maar rente en aflossing geregeld betaald worden. Eerst bij executie wordt dit anders (..), maar ook dan bestaat er voor de hypotheekhouder - met name zolang het goed voldoende overwaarde heeft - veelal geen aanleiding tegen de huurder, die in strijd met het beding in het pand zit, op te treden.'

Een min of meer gestandaardiseerde tekst van huurbedingen in hypotheekakten is waarschijnlijk de aanleiding tot deze geringe betekenis die aan 'gedogen' van huur wordt toegekend<sup>39</sup>: een huurbeding bevat in de regel de bepaling dat zonder schriftelijke toestemming van de hypotheekhouder het verbonden goed niet mag worden verhuurd.<sup>40</sup> Zolang de hypotheekhouder niet schriftelijk instemt met de verhuur, blijft voor hem een beroep op het huurbeding openstaan. Naar geldend recht kan een hypotheekhouder dus 'stilzitten' en zich tot verhaal zelfs huurvorderingen bij voorbaat laten verpanden, zolang hij maar niet schriftelijk instemt met de latere verhuur (ook de verpandingsovereenkomst is naar heersend recht (vooralstnóg) niet aan te merken als schriftelijke instemming met de verhuur).<sup>41</sup>

De huurder is in een dergelijke situatie overgeleverd aan onbekende grootheden. Te

<sup>37</sup>Zie in deze zin bijv. H.A. Eussen, WPNR 3575 (1938), p. 313; Pitlo Zakenrecht (1949), p. 508-509; Pitlo-Brahn Zakenrecht (1987), p. 539; P. Rodenburg, NJB 1981/25, p. 645 en Prg. 1981/18, p. 489; A.J.H. Pleysier, Bb 20 febr. 1991/nr. 4, p. 21-22; Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 263-264. In de jurisprudentie gaat in deze richting HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 m.n. WMK, AA XXV (1976) m.n. G., p. 536-542 (Albers/Assmann en Donck): 'dat de hypotheekhouder zolang de schuldenaar jegens hem zijn verplichtingen nakomt, veelal geen belang heeft ten aanzien van zulke huurovereenkomsten te zijnen behoeve de onverbindendheid in te roepen, (..)'. Zie over dit aspect in het arrest G.J. Visser, WPNR 5409 (1977), p. 629-634, met reacties van D. Botje en G.N. Nelemans, WPNR 5425 (1978), p. 158-159 resp. 159-160 en naschrift van Visser, WPNR 5425 (1978), p. 160. Zie voor een recent geval van stilzwijgend akkoord gaan met verhuur, op straffe van verlies van een beroep op het huurbeding HR 17 november 2000, JOL 2000, 563.

<sup>38</sup>A.w., (1994), nr. 263. In deze zin ook de Hoge Raad, t.a.p.; vgl. voorts Mon. Nieuw BW B-12b (Huijgen), p. 36.

<sup>39</sup>Vgl. P. Rodenburg, Prg. 1981/18, p. 488-489.

<sup>40</sup>Zie voor een voorbeeld van gevallen waarin het enkele (bewuste) gedogen door een hypotheekhouder van verhuur niet voldoende was om tot 'toestemming' te concluderen, Rodenburg, t.a.p. en Van Lier (1924), p. 218.

<sup>41</sup>Zie in deze zin bijvoorbeeld P. Rodenburg, Prg. 1981/18, p. 486-489 (over het geval dat speelde voor de Pres. Rb. Den Haag (k.g.) 9 februari 1981, Prg. 1981, nr. 1651) en A. Bockwinkel, WPNR 5910 (1989), p. 186-187 (over - de anders beslissende - Pres. Rb. Utrecht (k.g.) 14 juni 1982, NJ 1983, 148, in welk geval sprake was van een cessie van de huurpenningen aan de hypotheekhouder). Zie voorts in deze zin bijv. Hof 's-Gravenhage 4 juni 1970, NJ 1971, 27; Pres. Rb. Haarlem (k.g.) 18 juli 1984, KG 1984, 233; Pres. Rb. Amsterdam (k.g.) 2 februari 1989, KG 1989, 229, WR 1989/20 en 13 april 1989, KG 1989, 230, WR 1989/57; Hof Amsterdam 26 april 1990, KG 1991, 67; Pres. Rb. Haarlem (k.g.) 11 mei 1990, KG 1990, 248. Vgl. ook Handboek Huurrecht (Dozy), Art. 1584, aant. 15f.

denken valt aan de omvang van het aan de verhuurder verleende krediet, het betalingsgedrag van de verhuurder tegenover de financier en de (over-)waarde van het verhuurde goed. Zit het tegen met het betalingsgedrag van de verhuurder in relatie tot de waarde van het verhypotheceerde goed, dan zal de hypotheekhouder dit wellicht gaan executeren en zal de huurder bij inroeping van het huurbeding in beginsel moeten vertrekken. Zijn er geen betalingsproblemen van de verhuurder en/of heeft het verhypotheceerde goed voldoende overwaarde, dan is er geen reden voor de hypotheekhouder om een beroep op het huurbeding te doen (tenzij hij door stilzwijgend dulden van de huur het risico loopt zijn recht op een beroep op het huurbeding te verliezen<sup>42</sup>).

Het behoeft geen betoog dat de huidige regeling de aanleiding kan zijn tot veel onduidelijkheid en ook onbillijkheid jegens de huurder. Deze zal er bij een dreigend vervallen van zijn recht alle belang bij hebben zich op 'toestemming' door de hypotheekhouder te beroepen.<sup>43</sup> Maar hoe bijvoorbeeld te oordelen wanneer de hypotheekhouder niet expliciet schriftelijk heeft ingestemd met de verhuur, maar er wel anderszins uitdrukkelijk blijkt van heeft gegeven geen bezwaar te hebben tegen de verhuring?

Nu kan men stellen dat de huurder in de openbare registers had kunnen zien dat het door hem gehuurde goed reeds was verhypothecerd en dat bij die hypotheekstelling een huurbeding was gemaakt waarin voor verhuur 'schriftelijke toestemming' werd vereist. Dat is een terechte bewering, maar deze kan de eventuele onduidelijkheid voor de huurder niet wegnemen: is de al dan niet uitdrukkelijke erkenning door de hypotheekhouder, welke echter niet schriftelijk als 'toestemming tot verhuur' is aangeduid, nu toestemming of niet?

Meer in het algemeen is hier de vraag aan de orde of het uitgangspunt niet zou moeten zijn, dat stilzwijgend maar bewust gedogen door de hypotheekhouder van verhuur in beginsel voor diens rekening zou dienen te komen.<sup>44</sup> Dit is een vraag van rechtspolitiek, omdat hier verschillende en onderling tegenstrijdige belangen spelen<sup>45</sup>: de hypotheekhouder zal de waarde van het onderpand op peil willen houden en zal niet zeer snel, door een enkel gedogen, met een later en jegens hem inroepbaar huurrecht geconfronteerd willen worden. In de algemene voorwaarden zal hij veelal een clause hebben opgenomen met de bepaling dat het ontvangen van huurpenningen geen toestemming krachtens art. 3:264 BW inhoudt.<sup>46</sup> De huurder daarentegen zal wél een snelle 'gebondenheid' van de hypotheekhouder aan het huurrecht willen zien wanneer het op executie aankomt. Hij zal zich beroepen op zijn positie als derde ten aanzien van de rechtsverhouding hypotheekhouder-hypotheeknemer.<sup>47</sup>

Vóór een bevestigende beantwoording van de vraag, of de hypotheekhouder het risico van

<sup>42</sup>Vgl. hierover A.J.H. Pleysier, Gron. Opm. en Meded. III (1986), p. 30-31.

<sup>43</sup>A.R. de Bruijn, RM Themis 1961, p. 107, betoogt dat de stelplicht en de bewijslast in deze op de huurder rust.

<sup>44</sup>Zie in deze zin HR 17 november 2000, JOL 2000, 563. In deze zin betoogt ook H.C.F. Schoordijk, WPNR 5666 (1983), p. 598-599; zie ook Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 272. Vgl. voorts A.J.H. Pleysier, Gron. Opm. en Meded. III (1986), p. 30, die twee gevallen noemt uit de lagere rechtspraak, waarin de actie tot ontruiming werd ontzegd aan een hypotheekhouder, omdat deze zijn recht daartoe verwerkt zou hebben door te dulden dat de huurder in het pand bleef.

<sup>45</sup>Zie over een en ander bijv. Van Lier (1924), p. 214-220; De Vries (1981), p. 38-39; Pres. Rb. Den Haag (k.g.) 9 februari 1981, Prg. 1981, nr. 1651, waarover P. Rodenburg, Prg. 1981/18, p. 486-489; P. Rodenburg en J.W.M. Russell, WPNR 5650 (1983), p. 270-271; M.J.O.M. de Haas, WPNR 5693 (1984), p. 233.

<sup>46</sup>Vgl. Rechtsvraag III in WPNR 5666 (1983), p. 598.

<sup>47</sup>Zie in deze zin Schoordijk, t.a.p.

stilzwijgend gedogen moet dragen, zou het volgende argument pleiten: een dergelijke risicoverdeling zou redelijk en billijk zijn jegens de huurder, vooral wanneer het om huur van woonruimte gaat. Het gaat niet aan het woonbelang van de huurder op te offeren aan een loterij; zolang het financieel goed gaat met de verhuurder, mag de huurder blijven, maar verslechtert die financiële situatie, dan moet de huurder (mogelijk) toch vertrekken.

Tegen een bevestigende beantwoording pleit echter een veelvoud aan argumenten. In de eerste plaats bieden de leden 5 en 6 van art. 3:264 BW thans een goede correctiemogelijkheid voor de situatie, dat een huurder van woonruimte wordt geconfronteerd met een dreigende executie. In de tweede plaats doet een niet onaanzienlijke mistbank op rond de vraag wanneer er sprake is van een zódanig gedogen, dat daaruit 'toestemming' tot verhuur afgeleid dient te worden. In die mist zouden zeer wel kunnen verdwijnen het uitgangspunt, dat bestaande rechten geëerbiedigd moeten worden, als ook de mogelijkheid tot handhaving van het eerdere hypotheekrecht jegens een later huurrecht (via een huurbeding in het geldende recht). Het geheel zou de zekerheid aantasten die het hypotheekrecht biedt aan financiële instellingen en ook de bereidheid om hypothecair gedekte kredieten te verstrekken zou afnemen. Voorts zou de verstrekking van gemeentegaranties eronder lijden (gemeentegaranties vervallen veelal indien de hypotheekhouder toestemming tot verhuur verleent<sup>48</sup>). Tenslotte zouden moeilijkheden rijzen, indien de hypotheekhouder van de verhuring niet wist noch redelijkerwijs kon weten. Zou ook in die omstandigheid moeten worden geoordeeld dat er sprake was van gedogen, zodat de latere verhuring voor risico van de hypotheekhouder zou komen?<sup>49</sup>

In de literatuur lijkt voor de risico-omslag in het nadeel van de hypotheekhouder niet een breed draagvlak te zijn.<sup>50</sup> Het uitgangspunt, dat een eenmaal gevestigd hypotheekrecht of ander beperkt recht in beginsel onaantastbaar is, wordt breed aangehangen.<sup>51</sup> Onnodig nadeel voor de huurder dient echter - en uiteraard - te worden vermeden.<sup>52</sup> In dat verband werd voorafgaand aan de invoering van het huidige BW gepleit voor een wettelijke regeling zoals thans is neergelegd in art. 3:264 lid 4 BW<sup>53</sup>: indien het te verhypothekeren goed is verhuurd op het moment van hypotheekvestiging, dient de hypotheekhouder een latere verhuur op dezelfde voorwaarden, ondanks een eventueel gemaakt huurbeding, te respecteren. Hij heeft immers de mogelijkheid gehad om bij de hypotheekvestiging de omvang van zijn kredietverlening op de waarde van het verhuurde onderpand af te stemmen. Zonder een wettelijke basis werd een dergelijke verplichting voor de hypotheekhouder om een latere huur te respecteren niet wenselijk geacht:

Uit het feit dat de hypotheekhouder bestaande verhuur *moet* dulden, kan niet eenvoudig geconcludeerd worden tot toestemming bij voorbaat voor huurovereenkomsten die de eigenaar nadien nog zal aangaan. Een dergelijke conclusie is slechts verantwoord indien de hypotheekhouder de bestaande verhuring van het onderpand daadwerkelijk heeft verdisconteerd in de (voorwaarden voor de)

<sup>48</sup>Zie de hierboven aangehaalde Rechtsvraag III in WPNR 5666 (1983) met antwoord van Schoordijk, alsmede Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 266 en 272.

<sup>49</sup>Zie over deze vraag uitgebreid hierna, hoofdstuk 5.

<sup>50</sup>Schoordijk, t.a.p., acht een dergelijke omslag wel mogelijk.

<sup>51</sup>Zie over dit uitgangspunt uitgebreid hierna, hoofdstuk 10, par. 10.2.2.

<sup>52</sup>Vgl. bijv. W.M. Kleijn, noot onder HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 (Albers/Assmann en Donck), onderdeel IV; P. Rodenburg, NJB 1981/25, p. 641-648; R. Zwitser, NTBR 1994/9, p. 208-214.

<sup>53</sup>Zie De Vries (1981), p. 38; welk betoog uitdrukkelijk werd onderschreven door P. Rodenburg, Prg. 1981/18, p. 488.

ART. 3:264 BW

kredietverschaffing. Daarvan zal ten processe moeten blijken<sup>54</sup>

Geconcludeerd moet worden, na het vorenstaande, dat de 'toestemmings'-problematiek voor de nodige onduidelijkheden en daarmee voor veel rechtsonzekerheid zorgt, zowel voor de huurder als de hypotheekhouder. Uit de hieronder volgende analyse zal blijken, dat de problematiek geheel overbodig is, omdat de oorzaak ervan, de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, niet nodig is.

### 2.5.2. Analyse

De onduidelijkheden die kunnen ontstaan rond de 'toestemming' van de hypotheekhouder lijken teruggevoerd te moeten worden op art. 3:264 lid 1 BW: krachtens dit artikellid zal in ieder standaard-huurbeding bepaald zijn, dat de hypotheekhouder schriftelijke toestemming dient te geven voor verhuur van het verbonden goed. Vervolgens kan de aandacht zich richten, zoals ook werd beschreven, op de daadwerkelijke invulling van het vereiste van 'schriftelijke' toestemming, en op de meer algemene vraag of stilzwijgend maar bewust gedogen door de hypotheekhouder van verhuur in beginsel voor diens rekening zou dienen te komen.

De ware oorzaak van de problemen ligt echter een fase eerder in het denken, namelijk in de veronderstelde werking van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek'. Immers, tengevolge van dit artikel moet de hypotheekhouder krachtens algemene opvatting de gevolgen dragen van een verhuring die na de hypotheekvestiging tot stand komt (hij moet krachtens art. 7A:1612 BW ook een eerdere verhuring respecteren, maar die situatie levert geen moeilijkheden op). Met andere woorden: met art. 7A:1612 BW wordt het zekerheidsrecht hypotheek ondermijnd. Gaat de hypotheekgever ná hypotheekvestiging over tot verhuur, dan daalt het verbonden goed in de regel<sup>55</sup> in waarde, maar de hypotheekhouder moet het met lede ogen aanzien. Een dergelijke aantasting van het recht van de hypotheekhouder ging ook de wetgever te ver.<sup>56</sup> Deze nam echter niet de oorzaak - een ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW - weg, maar riep een huurbeding in het leven. Met het huurbeding-artikel art. 3:264 BW (art. 1230 Oud BW) kan de hypotheekhouder bewerkstelligen, dat zijn bestaande recht geëerbiedigd moet worden. Hij kan het huurbeding ook achterwege laten, maar dan zal hij gehouden zijn een latere verhuring te dulden.

De 'toestemming' zoals genoemd in art. 3:264 BW (en in art. 1230 Oud BW) is van deze merkwaardige keuzevrijheid van de hypotheekhouder de uitdrukking. De problemen en onduidelijkheden zoals beschreven zijn een logisch uitvloeisel ervan. Zij beginnen alle met een latere verhuur zónder de vereiste schriftelijke toestemming vooraf. De ware complicaties komen in het schemergebied van weten (al of niet stilzwijgend gedogen van de verhuur door de hypotheekhouder) of niet-weten (een beroep door de hypotheekhouder op onbekendheid met de verhuur).

---

<sup>54</sup>Aldus P. Rodenburg en J.W.M. Russell, WPNR 5650 (1983), p. 270. Van een niet-verdisconteren van verhuur in die voorwaarden, met nadelig gevolg voor de huurder, blijkt bijv. uit Rb Arnhem 19 maart 1993, KG 1993, 143, waarover R.H. van Erp, NbBW juni 1993/Afl. 6, p. 65-67.

<sup>55</sup>Niet ondenkbaar is, dat het goed in verhuurde staat aantrekkelijker wordt voor beleggers in verhuurde onroerende zaken. Vgl. Mon. Nieuw BW B-12b (Huijgen), p. 36.

<sup>56</sup>Zie hiervoor, hoofdstuk 1, par. 1.3.

Met de ruime werking van art. 7A:1612 BW als oorzaak van de hier beschreven perikelen dient de vraag zich aan, of deze werking bewust door de wetgever is gewild. In de hoofdstukken 8 en 9 komt deze vraag aan de orde.

Op deze plaats kan reeds gesteld worden, dat de huidige regeling een wankele indruk maakt en rechtsonzekerheid voor de hypotheekhouder en de huurder in de hand werkt en in stand houdt. Voor de eerstgenoemde werkt de regeling nu immers als volgt. De basiszekerheid, dat bestaande rechten geëerbiedigd moeten worden, wordt hem eerst 'afgenomen' door art. 7A:1612 BW: een later huurrecht kan de waarde van het verbonden goed doen dalen. Vervolgens lijkt hij die zekerheid in art. 3:264 BW terug te krijgen van de wetgever, maar de zekerheid bestaat niet automatisch, zoals algemeen geldt in het goederenrecht en soms ook daarbuiten, bijvoorbeeld voor de huurder. Deze weet zijn huurrecht vanaf het moment van totstandkoming beschermd, onder andere tegen de latere vestiging van een hypotheekrecht. De hypotheekhouder heeft slechts de mogelijkheid om bij een huurbeding eventuele verhuur aan voorafgaande toestemming te binden. Neemt hij geen huurbeding op in de hypotheekakte, of doet hij bij een eventuele executie geen beroep op het beding, dan werkt de latere verhuur tegen zijn hypotheekrecht. Zijn rechtspositie verbetert nauwelijks, wanneer hij het beding wél opneemt met daarin (standaard) de toestemmingseis en hij bovendien de toestemming voor verhuur niet (schriftelijk) verleent. Dan namelijk dienen de hier besproken vragen rond toestemmen en/of gedogen zich aan. Daar komt nog het volgende bij: zelfs indien hij uitdrukkelijk niet heeft toegestemd in de verhuur, of geen schriftelijke toestemming heeft verleend tot verhuur (hij gedoogde op de een of andere, meer of minder expliciete wijze), of indien hij in het geheel niet wist of kon weten van de verhuur, dan nog staat hem een beroep op het huurbeding niet zonder meer open. Art. 3:264 lid 5 BW bepaalt namelijk dat de hypotheekhouder voor inroeping verlov van de president van de rechtbank behoeft wanneer het gaat om woonruimte in de zin van art. 7A:1623a-1623f BW. De conclusie moet zijn: art. 3:264 BW is wellicht bedoeld om de hypotheekhouder in staat te stellen zijn eenmaal gevestigde recht te handhaven tegen latere verhuringen, maar het kunnen realiseren van deze handhaving staat, voorzichtig uitgedrukt, niet bij voorbaat vast.

Voor de huurder is de rechtsonzekerheid intussen ook bijzonder groot. Hij kán te maken krijgen met de uitoefening van een hypotheekrecht dat van ouder datum is dan zijn huurrecht, maar of dit het geval zal zijn is afhankelijk van een groot aantal factoren die alle de onduidelijkheid in zich dragen: er is al dan niet een huurbeding gemaakt met daarin al dan niet een toestemmingseis; de toestemming is wel of niet verleend; er wordt wel of niet stilzwijgend gedoogd door de hypotheekhouder; de (mis)communicatie tussen verhuurder/hypotheekgever en hypotheekhouder gaat buiten de huurder om; (etcetera).

Keert men, het vorenstaande overziend, terug naar de ware oorzaak van deze problematiek, zijnde de naar huidig recht algemeen veronderstelde werking van art. 7A:1612 BW óók ten aanzien van een ná hypotheek totstandgekomen huurrecht, dan rijst de vraag of die oorzaak niet kan worden weggenomen. In hoofdstuk 10 zal blijken dat zulks goed mogelijk is.

## 2.6. Conclusie hoofdstuk 2

De in dit hoofdstuk besproken twijfels aan de bestaansreden van art. 3:264 BW en aan de bevoegdheid van de hypotheekgever, de onzekerheden en vragen betreffende de vooruitbetaling van huur- of pachtpenningen en betreffende de toestemming tot verhuur van de hypo-

ART. 3:264 BW

theekhouder, alle zijn zij op de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW terug te voeren. Deze uitleg doet het artikel ook toepasselijk zijn op verhuringen die zijn aangegaan nadat het te verhuren goed is verhypothekeerd. In de hoofdstukken 8 en 9 zal worden onderzocht of de ruime uitleg noodzakelijk is. Reeds kan worden vermeld, dat dit niet het geval is, in ieder geval niet ter bescherming van de huurder. Integendeel: de rechtspositie van een huurder en ook een hypotheekhouder zou sterk verbeteren door de ruime uitleg te verlaten en art. 7A:1612 BW beperkt uit te leggen: de vele complicaties, in dit tweede en de nog volgende zes hoofdstukken aangaande de situatie 'huur-na-hypotheek' besproken, behoren dan tot het verleden. In hoofdstuk 10 wordt de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW uitgewerkt. Dan zal blijken, dat een evenwichtige regeling van de rechtsverhouding tussen een huurder en een hypotheekhouder op eenvoudige wijze wordt bereikt. In het huidige en het vorige burgerlijke recht is dat evenwicht door de wetgever gezocht in art. 3:264 BW respectievelijk art. 1230 Oud BW, nadat het eerst grondig werd verstoord door art. 7A:1612 BW ruim uit te leggen en van toepassing te achten op de situatie 'huur-na-hypotheek'.

### 3. Cessie of verpanding van, dan wel beslag op toekomstige huurvorderingen<sup>1</sup>

#### 3.1. Inleiding

Groot is het aantal vragen en onduidelijkheden bij een cessie of verpanding bij voorbaat van, dan wel een beslag bij voorbaat op toekomstige huurvorderingen *na* de hypotheekvestiging. De huidige rechtsleer in deze is verre van helder en eenvoudig. Het zal dan ook geen verwondering wekken, dat een hypotheekhouder eventuele moeilijkheden het hoofd zal willen bieden door vrijwel altijd een huurbeding ex art. 3:264 BW in de hypotheekakte op te nemen.<sup>2</sup> Bij dit huurbeding zal hij de vervreemding of verpanding van huurvorderingen verbieden of beperken.

Enkele belangrijke kwesties worden hieronder besproken: het huurbeding versus een beslag op toekomstige huurvorderingen (3.2), het huurbeding versus een cessie of verpanding van toekomstige huurvorderingen (3.3), de koper versus de cessionaris/pandhouder/beslaglegger (3.4). Gezien de onderlinge samenhang van de vragen zal de analyse ervan niet in deze paragrafen, maar eerst na afloop daarvan plaatsvinden (3.5). Met een conclusie wordt het hoofdstuk afgesloten (3.6).

Er zij aan herinnerd dat, zoals in paragraaf 8 van de Algemene Inleiding al is aangegeven, de bestaande problematiek wordt geïllustreerd met vele vragen die bij de besproken complicatie, maar ook in meer algemene zin gesteld kunnen worden. Deze benadering is de hier aangewezen, reeds omdat een volledige opsomming van vragen in deze materie onmogelijk is: de problemen met betrekking tot art. 7A:1612 BW en het huurbeding lijken zichzelf welhaast permanent te genereren. Het doel van het navolgende onderzoek is dan ook in de eerste plaats om de oorzaak van de huidige problematiek te achterhalen.

#### 3.2. Het huurbeding versus een beslag op toekomstige huurvorderingen

Art. 3:264 BW biedt naar de letter genomen de hypotheekhouder geen mogelijkheid zich tegen latere beslagen op toekomstige huurvorderingen in te dekken. Stel echter dat ná de hypotheekvestiging, waarbij een huurbeding is gemaakt, maar vóór de executie door de hypotheekhouder het verhuurde pand in strijd met het huurbeding wordt verhuurd. Ook worden in die periode de toekomstige huurvorderingen beslagen. De hypotheekhouder doet bij de executie een beroep op het huurbeding. Door dit beroep, zo kan met zekerheid worden gesteld, zal de verhuurder op enig moment na de 'inroeping' zijn verplichtingen jegens de huurder niet langer kunnen nakomen.

---

<sup>1</sup>In literatuur en rechtspraak worden verschillende aanduidingen gebruikt voor (nog) te betalen huurpenningen. Naast 'huurpenningen' zijn dit bijvoorbeeld: 'huren, huurtermijnen, huurvorderingen'. Zie bijvoorbeeld de literatuur en rechtspraak, weergegeven en aangehaald in de conclusie van Wvd. A-G Mr. Bloembergen voor HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 (WUH/Mr. Emmerig q,q.) en in de noot van Van der Grinten onder dit arrest. Een verschil in betekenis wordt er niet mee bedoeld. In het navolgende zal evenwel de vermogensrechtelijke verschijning van een huurtermijn vooropgesteld worden: als object van vermogensrechtelijk handelen is een verschuldigde huurtermijn vooral een vorderingsrecht (vgl. art. 3:1 BW). In het navolgende zal eenvoudigheidshalve steeds gesproken worden van huurvorderingen.

<sup>2</sup>Vgl. in deze zin A.R. de Bruijn, RM Themis 1961, p. 111.



## TOEKOMSTIGE HUURVORDERINGEN

Onzeker is nu, of de huurverhouding door de inroeping van het huurbeding tenietgaat, ook tussen de hypotheekgever/verhuurder en de huurder (een 'sterke' werking van de inroeping), of dat de huurverhouding door de hypotheekhouder kan worden genegeerd, maar overigens voortleeft tussen de partijen bij de huurovereenkomst. Omtrent deze vraag bestaat grote onduidelijkheid.<sup>3</sup> Dat is te betreuren, want de kwestie is van groot belang voor de eventuele 'inroepbaarheid' van een huurbeding tegen latere beslagen op toekomstige huurvorderingen. Stel namelijk, dat door de inroeping de huurverhouding als geheel tenietgaat. Dan zullen uit die verhouding geen huurvorderingen meer ontstaan; toekomstige huurvorderingen waarop het beslag 'rust' zijn er dan niet meer.<sup>4</sup> De volgende redenering van de Hoge Raad uit 1991 pleit voor een dergelijke 'indirecte' inroepbaarheid van het huurbeding:

'Deze verkoop (door de hypotheekhouder, RW) heeft plaatsgevonden "onder bezwaar van de lopende huur", zodat enig beding als bedoeld in art. 1230 BW hier geen rol speelt. Dit brengt mee dat ook de onderhavige vervreemding niet tegen de beslaglegger op de vordering ter zake van de huurpenningen kan worden ingeroepen, nu de hypotheek naar zijn aard slechts op het verhuurde goed zelf rust en niet op de vordering ter zake van de huurpenningen en, bij gebreke van een op goede grond ingeroepen beding als bedoeld in art. 1230, die vordering ook na de vervreemding door de hypotheekhouder telkens uit de huurovereenkomst zal blijven ontstaan en onder het op die vordering gelegde beslag zal blijven vallen.<sup>5</sup>

Uit dit fragment, en met name uit de woorden 'zodat enig beding als bedoeld in art. 1230 BW hier geen rol speelt', is af te leiden, dat het huurbeding van art. 3:264 BW en de regeling omtrent beslag op toekomstige huurvorderingen (art. 475h Rv) bepaald niet los van elkaar staan. Immers, hoe te oordelen wanneer het huurbeding wél was ingeroepen en de verkoop had plaatsgevonden 'vrij van huur'? Dan had het bovenomschreven geval zich voorgedaan, dat er geen huurvorderingen meer zouden ontstaan uit de - tenietgegane - huurverhouding. Toekomstige huurvorderingen waarop het beslag 'rust' zouden er dan niet meer zijn. Hoe echter de 'verbinding' tussen de artikelen 3:264 BW en 475h Rv geduid moet worden is niet goed te zeggen, vooral omdat het effect van inroeping van het huurbeding op de huurverhouding niet vaststaat. (De analyse van de hier besproken vragen vindt plaats in par. 3.5).

### 3.3. Het huurbeding versus een cessie/verpanding van toekomstige huurvorderingen

Een botsing tussen een hypotheekhouder enerzijds en een cessionaris/pandhouder van toekomstige huurvorderingen anderzijds is denkbaar in de volgende twee situaties:

---

<sup>3</sup>Zie over de vraag of de huurverhouding als zodanig en in zijn geheel verdwijnt, dus ook tussen de hypotheekgever-verhuurder en de huurder, dan wel dat deze slechts ten opzichte van de hypotheekhouder als 'vernietigd' moet gelden, hierna, hoofdstuk 6, par. 6.2 en 6.3.

<sup>4</sup>Zie voor een soortgelijke redenering E.M. Meijers, noot onder HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (De Boer/Haserveenpolder), p. 1267. Meijers betoogt: de cessionaris van een toekomstige huurvordering verkrijgt een wankel recht. De vordering blijft namelijk verbonden aan het bestaan van de huurovereenkomst. Mocht deze overeenkomst ontbonden worden, dan houdt ook de overgedragen vordering op te bestaan.

<sup>5</sup>HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.n. HJS (Van Berkel/Tribosa), NJ 1992, 172, r.o. 3.3.

-er is sprake van `hypotheek - huur - cessie/verpanding van toekomstige huurvorderingen - executie door hypotheekhouder';

-er is sprake van `huur - hypotheek - cessie/verpanding van toekomstige huurvorderingen - executie door hypotheekhouder'.

In het eerste geval is zowel de huur als de cessie/verpanding in strijd met het huurbeding aangegaan respectievelijk verricht. Door inroeping van het huurbeding tegen zowel de latere verhuur als de latere cessie/verpanding, kan de hypotheekhouder ontkomen aan de negatieve gevolgen van die rechtshandelingen. Inroeping van het beding tegen alleen de cessie/verpanding en niet tegen de verhuur als zodanig draagt het risico in zich, dat de huurder met een beroep op de jurisprudentie van de Hoge Raad stelt, dat de cessie/verpanding rechtstreeks op de huurverhouding betrekking heeft en met die huurverhouding overgaat op de verkrijger.<sup>6</sup>

In het tweede geval is alleen de cessie/verpanding van later datum dan het huurbeding. De hypotheekhouder kan de eerdere huurverhouding niet aantasten. Verschillende antwoorden zijn nu mogelijk op de vraag, of hij kan opkomen tegen de cessie of de verpanding die in strijd met het huurbeding werden verricht door de hypotheekgever. Op grond van art. 7A:1612 BW namelijk kan betoogd worden, dat de hypotheekhouder de huurverhouding als geheel moet respecteren, en daarmee ook de cessie of de verpanding, die deel uitmaken van de huurverhouding (zie het hierna, onder 3.4 te bespreken arrest van de Hoge Raad van 1940). Voorts zou inroeping tegen enige cessie/verpanding van toekomstige vorderingen niet mogelijk zijn, indien men betekenis toekent aan de hierboven, onder 3.2 geciteerde beslissing van de Hoge Raad van 1991, dat een hypotheek

`naar zijn aard slechts op het verhuurde goed zelf (rust) en niet op de vordering ter zake van de huurpenningen'.

Deze overweging werd gegeven, zo mag men veronderstellen<sup>7</sup>, om duidelijk te maken dat een hypotheekhouder met de executie van het verhypothekerde goed niet impliciet beschikt over de toekomstige huurvorderingen die, zolang zij nog niet opeisbaar zijn, nog niet als zelfstandige burgerlijke vruchten mogen gelden (art. 3:9 lid 4 BW). Maar men kan er ook uit afleiden dat het huurbeding niet inroepbaar is tegen een cessie of verpanding van die toekomstige huurvorderingen. Immers, indien de hypotheek naar haar aard slechts op het verhuurde goed zelf rust en niet op de toekomstige huurvorderingen, zou het vreemd zijn indien de hypotheekhouder wel door middel van een huurbeding kan `regeren' over een cessie of verpanding met betrekking tot die huurvorderingen.

De strekking van het huurbeding - tegengaan van waardedaling van het verbonden goed<sup>8</sup> - zou echter weer als argument aangevoerd kunnen worden om de hypotheekhouder wel een beroep op art. 3:264 BW toe te kennen met betrekking tot de latere cessie/verpanding.

Concluderend: in een botsing tussen een hypotheekhouder enerzijds en een cessionaris/pandhouder van toekomstige huurvorderingen anderzijds regeert de rechtsonzekerheid. Op de vraag of het huurbeding inroepbaar is tegen een latere cessie of verpanding van toekomstige huurvorderingen, zijn uiteenlopende en onderling tegenstrijdige antwoorden mogelijk. Elk van deze antwoorden heeft bovendien, op zichzelf beschouwd, de schijn mee `heersende leer' te

<sup>6</sup>Zie nader hieronder; vgl. ook hoofdstuk 2, par. 2.4.

<sup>7</sup>Zie hierna, par. 3.4.

<sup>8</sup>Zie omtrent deze strekking hoofdstuk 1, par. 1.3.3 en 1.4.3.

## TOEKOMSTIGE HUURVORDERINGEN

zijn, omdat zij óf afgeleid zijn uit de strekking van art. 3:264 BW, óf zijn terug te voeren op geldende jurisprudentie van de Hoge Raad. (De hier besproken problematiek wordt geanalyseerd in par. 3.5).

### 3.4. De koper versus de cessionaris/pandhouder/beslaglegger

Belangrijke onduidelijkheden bestaan ook met betrekking tot de vraag, wie na de executie door de hypotheekhouder recht heeft op de bij voorbaat gecedeerde/verpande huurvorderingen: de koper van het registergoed of de cessionaris/pandhouder? Als uitgangspunt gelden opnieuw de twee onder 3.3 gepresenteerde situaties:

- 'hypotheek - huur - cessie/verpanding van toekomstige huurvorderingen - executie door hypotheekhouder';
- 'huur - hypotheek - cessie/verpanding van toekomstige huurvorderingen - executie door hypotheekhouder'.

Komen de huurvorderingen aan de koper toe, dan heeft de hypotheekhouder de cessie/verpanding bij de executie niet behoeven te respecteren. Laatstgenoemde heeft de huurvorderingen aan de koper kunnen 'verkopen en leveren'. Kan daarentegen de cessionaris of pandhouder de inkomsten genieten, dan zijn de huurvorderingen kennelijk door de cessie/verpanding aan het verbonden goed of aan 'het hypotheekrecht' onttrokken vóór de executie. Voor beide mogelijkheden zijn de nodige argumenten aan te voeren.

De opvatting dat huurvorderingen die opeisbaar worden ná de executie door de hypotheekhouder, toekomen aan de koper, kan worden gegrond op de volgende redenering: huurvorderingen vallen, zolang zij niet opeisbaar zijn geworden, onder het hypotheekrecht. Art. 3:9 lid 4 BW bepaalt dat burgerlijke vruchten (zoals huurvorderingen) eerst zelfstandigheid verkrijgen doordat zij opeisbaar worden. Krachtens art. 3:227 lid 2 BW strekt een hypotheekrecht zich uit over al hetgeen de eigendom van de zaak omvat. Men zie voor deze opvatting bijvoorbeeld het volgende citaat van Meijers<sup>9</sup>:

'M.i. moet hier een onderscheid gemaakt worden tusschen opeisbare en niet-opeisbare huurtermijnen. De opeisbare huurtermijnen kunnen vrijelijk door den eigenaar overgedragen worden, evenals zij door hem geïnd kunnen worden.

De niet-opeisbare huurtermijnen daarentegen vormen tot hun opeisbaarheid een deel van de hoofdzaak (art. 557) (het huidige art. 3:9 lid 4 BW, RW) en vallen uit dien hoofde mede onder de hypotheek; om deze reden kunnen zij niet ten nadeele van den hypotheekhouder vervreemd worden. Wel is krachtens art. 557 B. W. ook mogelijk dat door een overeenkomst de niet-opeisbare burgerlijke vruchten tot een zelfstandige zaak gemaakt worden, maar een zoodanige overeenkomst, wil zij ten aanzien van den hypotheekhouder dit gevolg hebben moet vóór het recht van hypotheek aangegaan zijn; een overeenkomst na het recht van hypotheek tot stand gekomen kan geen deel van het verhypotheekte goed daarvan, ten nadeele van den hypotheekhouder, afzonderen; dit geldt zoowel voor stoffelijke deelen van het goed als voor de niet-opeisbare vruchten.

---

<sup>9</sup>WPNR 2840 (1924), p. 287-288.

Het resultaat van de benadering is, dat een cessie of verpanding van nog niet-opeisbare huurvorderingen die tot stand komt ná de hypotheekvestiging (maar vóór de executoriale verkoop), genegeerd kan worden door de (executerende) hypotheekhouder.<sup>10</sup>

De andere opvatting - het is de cessionaris/pandhouder aan wie de huurvorderingen toekomen die opeisbaar worden ná de executie door de hypotheekhouder - wordt aangehangen door de Hoge Raad. Deze besliste in 1940 voor de situatie 'cessie bij voorbaat van (alle) toekomstige huurvorderingen - beslag op het vruchtgebruik van het verhuurde goed - executie door de beslaglegger':

(.);  
 dat ingevolge het bepaalde bij art. 1612 B. W. na den eigendomsovergang van het gehuurde voor de toekomst de huurovereenkomst met de in art. 1584 omschreven rechten en verplichtingen op den koper overgaat;  
 dat daaruit volgt, dat de koper die huurverhouding heeft te aanvaarden, zooals hij haar dan aantreft, met inachtneming van de beschikkingen, die zijn voorganger, voorzoover de wet zich daartegen niet verzet, heeft getroffen;  
 (..)<sup>11</sup>

De Hoge Raad is van oordeel, dat de cessie tot de huurverhouding behoort. De huurverhouding gaat krachtens art. 7A:1612 BW over op de verkrijger; de verkrijger (en ook de veilende schuldeiser) dient daarom de cessie tegen zich te laten werken; de cessionaris kan de huurvorderingen opvorderen zodra deze opeisbaar worden. Voor het huidige recht mag aangenomen worden dat hetgeen geldt voor de cessionaris, ook van toepassing is op de pandhouder (art. 3:98 BW).

In 1991 verwijst de Hoge Raad uitdrukkelijk naar zijn beslissing van 1940.<sup>12</sup> De situatie in het arrest van 1991 is 'hypotheekvestiging - beslag op toekomstige huurvorderingen - executie door de hypotheekhouder'. De Hoge Raad oordeelt als volgt<sup>13</sup>:

'Deze verkoop (door de hypotheekhouder, RW) heeft plaatsgevonden "onder bezwaar van de lopende huur", zodat enig beding als bedoeld in art. 1230 BW hier geen rol speelt. Dit brengt mee dat ook de onderhavige vervreemding niet tegen de beslaglegger op de vordering ter zake van de huurpenningen kan worden ingeroepen, nu de hypotheek naar zijn aard slechts op het verhuurde goed zelf rust en niet op de vordering ter zake van de huurpenningen en, bij gebreke van een op goede grond ingeroepen beding als bedoeld in art. 1230, die vordering ook na de vervreemding door de hypotheekhouder telkens uit de huurovereenkomst zal blijven ontstaan en onder het op die vordering gelegde beslag zal blijven vallen.'

<sup>10</sup>Zie ook hoofdstuk 2, par. 2.2 (het citaat van De Bruijn). Ook indien de cessie of verpanding zou kunnen worden ingeschreven in de openbare registers - zie het oorspronkelijk voorgestelde art. 3:9 lid 5 BW, TM en MvA II ad art. 3.1.1.9, Parl. Gesch. Boek 3, p. 94-95 - zou het eerder gevestigde hypotheekrecht voorgaan boven de cessie of verpanding bij voorbaat. Zie over dit voorgestelde art. 3:9 lid 5 BW ook Asser-Beekhuis I (Zakenrecht) (1985), nr. 102; Van Mierlo, diss. p. 109-110; F.H.J. Mijnsen, in: (On)zekerheid en nieuw recht (1992), p. 59; Asser-Mijnsen-De Haan (1992), nr. 93.

<sup>11</sup>HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 m.n. EMM (De Boer/Haskerveenpolder), p. 1259.

<sup>12</sup>HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.n. HJS (Van Berkel/Tribosa), r.o. 3.3.

<sup>13</sup>NJ 1992, 172, r.o. 3.3. Impliciet in gelijke zin Hof Amsterdam 22 juni 1995, NJ 1997, 476 (Elander/Planex).

## In de zinsnede

'nu de hypotheek naar zijn aard slechts op het verhuurde goed zelf rust en niet op de vordering ter zake van de huurpenningen'

wijst de Hoge Raad impliciet de hiervoor vermelde opvatting af, dat de hypotheekhouder met de executie tevens beschikt over de nog toekomstige huurvorderingen. Het gevolg is, dat een beslag op of een cessie/verpanding<sup>14</sup> van toekomstige huurvorderingen ná hypotheekvestiging tegen de hypotheekhouder werkt, tenzij deze een beroep op het huurbeding doet (hierboven, onder 3.2 werd al gewezen op de mogelijk essentiële rol van het huurbeding, óók bij beslaglegging). In het geval van 1991 wordt dit beroep niet gedaan en zo wordt de beslaglegger (in 1940 was dit de cessionaris) aangewezen als rechthebbende op de huurtermijnen die vervallen ná de executie (en in het vermogen van de verkrijger ontstaan).

De benadering door de Hoge Raad is, zowel na de uitspraak van 1940 als na die van 1991, uitvoerig bestreden, becommentarieerd en van interpretaties voorzien.<sup>15</sup> De problematiek heeft inmiddels dusdanige proporties aangenomen, dat van een duidelijkheidsimpasse gesproken kan worden. Zo is inmiddels volop in discussie, welke de werking is van (derden-) beslag op een (toekomstige) vordering.<sup>16</sup> Na 1991 werd ook opnieuw de vraag gesteld, wanneer een vordering nu eigenlijk toekomstig is.<sup>17</sup> Meer specifiek zijn de volgende vragen en interpretatieproblemen

<sup>14</sup>De Hoge Raad stelt in het arrest van 1991 (r.o. 3.3) een beslag bij voorbaat gelijk met een beschikkingshandeling als cessie of verpanding bij voorbaat, waarmee aansluiting verkregen wordt bij het stelsel van art. 3:97 lid 2 BW.

<sup>15</sup>Zie bijvoorbeeld (met nadere literatuurverwijzingen) Wiarda (1940), p. 62 e.v.; Van Creveld (1953); Köster (1964), p. 67-152; Mijnsen (1983), p. 50-59; I. de Waal-van Wessem, WPNR 5645 (1983), p. 177-183; M.M. Olthof, in: *Recht Vooruit* (1988), p. 121-137; A.I.M. van Mierlo, WPNR 6014 (1991), p. 509-514; F.H.J. Mijnsen, in: *(On)zekerheid en nieuw recht* (1992), p. 58-59; H.J. Snijders, *BW-krant Jaarboek 1992*, p. 17-30; Asser-Mijnsen *Zakenrecht III* (1994), nr. 126-130, 140; W.A. van der Ven, *Gron. Opm. en Meded. XI* (1994), p. 65-94; G. Kleykamp-van der Ben en A.J. van der Lely, in: *Van beheering* (1998), respectievelijk p. 65-74 en 103-112; Van Swaaij, diss. 2000; Verhagen en Rongen, *Preadvies* (2000), hoofdstuk 1 t/m 6. Vreemd is dan ook te noemen, gezien de zeer grote en voortdurende stroom literatuur over dit onderwerp met daarin de telkens terugkerende vraag naar de dogmatische en rechtssystematische inpassing van de problematiek betreffende toekomstige vorderingen, de opmerking van N.E.D. Faber, in: *BW-krant Jaarboek 16* (2000), p. 173, dat de discussie over het dogmatisch fundament van de levering van toekomstige goederen met de invoering van het huidige BW verstomd zou zijn. Men zie, ter illustratie van het tegendeel, bijvoorbeeld de hierna volgende paragrafen 3.4.1 t/m 3.4.12.

<sup>16</sup>Vgl. de bijdrage van E.M. Hemmen in: *TOGI-bundel* (1997), p. 27-35; voorts S.E. Bartels en H.W. Heyman, WPNR 6306 en 6307 (1998), p. 192-196 resp. 207-210; A.I.M. van Mierlo, in: *Van Beheering* (1998), p. 113-127; J.J. van Hees (1998), p. 90-92; Zie voorts de literatuur, genoemd in de volgende noot en bijv. de discussie, hierna in par. 3.4.12 gereleveerd.

<sup>17</sup>F.H.J. Mijnsen, in: *(On)zekerheid en nieuw recht* (1992), p. 60-61; W.H. van Boom, WPNR 6108 en 6109 (1993), p. 699-703 resp. 721-724; J.E. Fesevur, *NTBR* 1997/5, p. 99-100 en Fesevur (1997), p. 134-137; Van Swaaij, diss., p. 80 v; Verhagen en Rongen, *Preadvies* (2000), hoofdstuk 3 en 4. Zie voor het recht van vóór het arrest van 1991 bijvoorbeeld de noot van W.M. Kleijn onder HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 (Saneringsfonds/ABN), alsmede HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 m.n. G. (WUH/Mr. Emmerig q.q.). Zie voorts MvA I Inv. bij art. 475h Rv, Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 166; H.A.G. Fikkers, *Adv.bl.* 1991/18, p. 519-521 en 525-526; Mijnsen (1992), p. 79.

aan te wijzen. *Nota bene*: deze vragen en complicaties resulteren, indien getracht wordt passende antwoorden en oplossingen ervoor te vinden, slechts in nog méér onduidelijkheden: men zie de weergave in de navolgende paragrafen 3.4.1 tot en met 3.4.12. Zoals in de inleiding opgemerkt (paragraaf 3.1), is het niet de bedoeling deze stroom 'oplossingen' verder te doen aanwassen. Wel wordt gezocht naar de oorzaak van de problematiek (analyse, paragraaf 3.5).

#### *3.4.1. De nemo plus-regel gepasseerd?*

Het nijpendste probleem lijkt te zijn het voorbijgaan, door de Hoge Raad, aan de eis van beschikkingsbevoegdheid van art. 3:84 lid 1 BW en, fundamentele, aan de *nemo plus-regel* ('niemand kan meer recht verlenen dan hij zelf heeft').<sup>18</sup> Van dit voorbijgaan is immers sprake wanneer de cessionaris/pandhouder aanspraak kan maken op de huurvorderingen die vervallen ná de executie door de hypotheekhouder. Een cessie of verpanding kan naar heersende inzichten bij voorbaat worden verricht (art. 3:97 lid 1 BW), maar zij kan eerst effect sorteren wanneer de *vervreemder/pandgever* op enig moment beschikkingsbevoegd is geweest. Van die bevoegdheid kan geen sprake zijn wanneer de huurtermijnen bij hun opeisbaar worden tot het vermogen behoren van een ander dan de vervreemder, namelijk de nieuwe eigenaar-verhuurder. Hetzelfde kan betoogd worden ten aanzien van een beslag op toekomstige vorderingen: dit kan reeds 'bij voorbaat' gelegd worden onder de eigenaar-verhuurder (art. 475 Rv), maar om doel te treffen of effect te sorteren zal de 'beslagen' vordering in het vermogen van de beslagene moeten ontstaan.<sup>19</sup> Daarvan kan hier, zoals gezegd, geen sprake zijn. (Analyse hierna, in par. 3.5).

#### *3.4.2. Toekomstigheid*

Hoe is te verklaren dat de Hoge Raad voorbij gaat aan de (door hem zelf gegeven) regel, dat een huurvordering toekomstig is totdat zij ontstaat?<sup>20</sup> Blom stuip dit probleem aan<sup>21</sup>, betogende

<sup>18</sup>Zie bijvoorbeeld Wiarda (1940), p. 58, 64 (met literatuur); Van Mierlo, diss., p. 89-110; Blom (1989), Hfst. V-VII; M.A. Blom, Kw.ber. Nieuw BW 1991/3, p. 72; W.H.M. Reehuis, Gron. Opm. en Meded. VI (1989), par. 3, 6-11; W.A. van der Ven, Gron. Opm. en Meded. XI, (1994), p. 76-79, 88-94; D.J. van der Kwaak, WPNR 6238 (1996), p. 682-686; dezelfde, WPNR 6269 (1997), p. 317.

<sup>19</sup>Vgl. bijv. D.J. van der Kwaak, WPNR 6238 (1996), p. 682, l.k., die spreekt van het 'realiteitsprincipe': '(...) de beslaglegger kan niet meer nemen dan de beslagene heeft; een beslag kan slechts doel treffen, indien en voorzover het een vermogensbestanddeel van de debiteur raakt (...)' Met betrekking tot beslag op toekomstige vorderingen betoogt schrijver vervolgens (r.k.): 'Het doel wordt daar slechts bereikt indien en voor zover de door het beslag weliswaar bij voorbaat geblokkeerde vorderingen ook ontstaan, en dus een vermogensbestanddeel van de debiteur worden.'

<sup>20</sup>HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 m.n. G. (WUH/Mr. Emmerig q.q.).

## TOEKOMSTIGE HUURVORDERINGEN

als volgt. Wanneer het vorderingsrecht niet bestaat vóórdat de betreffende huurtermijn opeisbaar is, heeft de overdrager van het verhuurde goed het vorderingsrecht ook niet voordat het ontstaat. Is het vorderingsrecht nog toekomstig op het moment van overdracht van het goed, dan kan het vorderingsrecht niet overgaan.

Wat de overdrager doet overgaan, zijn dan ook niet de toekomstige vorderingen, doch is de huurovereenkomst als *bron* van verbintenissen.<sup>122</sup>

Tot een qua uitkomst gelijke kritiek op het arrest van 1991 leidt de redenering die uitgaat van de strekking van art. 7A:1612 BW<sup>23</sup> om de huurder te beschermen tegen eigendomsovergang van het gehuurde. Het is in die gedachtengang niet de bedoeling van dit artikel om de cessionaris te beschermen die uit hoofde van een levering bij voorbaat alle toekomstige huurvorderingen heeft verkregen. Mijnsen betoogt in dit verband:

Ik zie ook niet in waarom de nieuwe eigenaar op grond van art. 1612 BW niet alleen de huurovereenkomst moet aanvaarden, maar ook de cessie van toekomstige huurtermijnen. (...) Voor een bijzondere bescherming van de cessionaris, aan wie toekomstige huurtermijnen werden gecedeerd, tegen overdracht van het gehuurde bestaat dunkt mij geen aanleiding.<sup>124</sup>

Ook Van Swaaij<sup>25</sup> legt de nadruk op de eis van beschikkingsbevoegdheid (het huidige art. 3:84 lid 1 BW), voor verhaalsrechten tot uiting komend in art. 3:276 BW: verhaal kan slechts genomen worden op de goederen van de schuldenaar. Het feit dat door de executie en de werking van art. 7A:1612 BW de huurverhouding is overgegaan op de verkrijger, brengt mee dat de huurvorderingen die bij voorbaat waren beslagen, ontstaan in een ander vermogen dan dat van de beslagen schuldenaar/vervreemder, namelijk in dat van de verkrijger. De beslaglegger kan na die executie de vorderingen, zodra deze ontstaan, dan ook niet meer innen. Niet duidelijk in het betoog van Van Swaaij is, of hij ook de werking van het beslag bij voorbaat als 'onvoorwaardelijk' wil zien (voor een cessie of verpanding is dat wel het geval).<sup>26</sup> Maar indien hier 'onvoorwaardelijkheid' moet worden aangenomen, dan zou hij in zijn betoog tot een andere conclusie moeten komen dan de zojuist weergegevene. Bijvoorbeeld: het beslag op de toekomstige vorderingen heeft reeds doel getroffen en onttrekt de vorderingen bij hun ontstaan aan inning door de nieuwe eigenaar.<sup>27-28</sup> (Analyse hierna, in par. 3.5).

---

<sup>21</sup>M.A. Blom, Kw.ber. Nieuw BW 1991/3, p. 72.

<sup>22</sup>T.a.p.

<sup>23</sup>Mijnsen (1987), p. 56; Van Mierlo, diss., p. 108.

<sup>24</sup>A.w., p. 57.

<sup>25</sup>Van Swaaij, diss., p. 265-270, 280.

<sup>26</sup>Zie hierna, bij noot 40 en 42.

<sup>27</sup>Zie de benadering door Van Swaaij en Van der Kwaak, hierna, in 3.4.12 gereleveerd, en voorts het pleidooi in deze zin Verhagen en Rongen, Preadvies (2000), p. 62-63.

<sup>28</sup>Zie de beschrijving door Van Swaaij, diss., p. 8 en 254/255, van de arresten Fijn van Draat/De Nederlanden (1933) en De Boer/Haskerveenpolder (1940). Mijns inziens is de aanname door Van Swaaij voor deze arresten, dat de Hoge Raad 'door en bij' de cessieakte de nog niet-opeisbare huurvorderingen heeft willen zien als te zijn 'overgegaan' in het vermogen van de cessionaris, onjuist. (En zou de Hoge Raad, (mutatis mutandis?, zie hiervoor, noot 26), in 1940 ook het beslag bij voorbaat op de nog toekomstige vorderingen reeds daadwerkelijk doel hebben laten treffen,

### *3.4.3. Prioriteit en het moment van beschikken*

---

indien dit voorafgaand aan de cessie was gelegd) Moet het door Van Swaaij in zijn dissertatie als 'onvoorwaardelijk' beschreven rechtsgevolg van een cessie bij voorbaat (a.w., p. 112) in een soortgelijke zin worden begrepen? En indien dit het geval is: hoe is dat te rijmen met het door Van Swaaij als 'temporele scheiding' aangeduide, uitgestelde rechtsgevolg van die bij voorbaat verrichte rechtshandeling, een rechtsgevolg dat bij toekomstige vorderingen ook zijns inziens afhangt van het ontstaan van de vordering? Welke is dan de rol van de eis van beschikkingsbevoegdheid ex art. 3:84 lid 1 BW, die door Van Swaaij ook als uitgangspunt wordt gehanteerd? Nogmaals: wat is dan 'onvoorwaardelijk' aan de beschikking bij voorbaat, die afhankelijk is van een 'onzekere gebeurtenis' (a.w., p. 112)? Waarin verschilt de qua rechtsgevolg kennelijk toch niet zo onvoorwaardelijk zijnde 'onvoorwaardelijke beschikking met temporele scheiding' van de door hem (a.w., p. 215-216) gewraakte goederenrechtelijke binding, toegekend aan bijvoorbeeld een cessie bij voorbaat, waarbij partijen de levering voor zoveel mogelijk onvoorwaardelijk verrichten maar zich uitdrukkelijk bewust zijn van de - ook door Van Swaaij benadrukte - nog te vervullen eis van beschikkingsbevoegdheid? (Zie over de 'onvoorwaardelijkheid' ook hierna, bij noot 42 en 78, alsmede de kritiek van N.E.D. Faber, BW-krant Jaarboek 16 (2000), p. 173-184). Een soortgelijke verwondering als hier beschreven bekruipt mij bij het lezen van Verhagen en Rongen, Preadvies (2000), p. 215-216, waarin eveneens een 'onvoorwaardelijk' rechtsgevolg van de handeling bij voorbaat wordt bepleit - dadelijke onttrekking aan het vermogen van de cedent -, zulks terwijl de vorderingen volgens deze schrijvers eerst bij hun ontstaan in het vermogen van de cessionaris terecht zouden komen (a.w., bijv. p. 61). De vraag die dan opkomt, is: waar zijn die vorderingen in de tussentijd, tussen de cessie bij voorbaat van en het ontstaan van de vorderingen?



## TOEKOMSTIGE HUURVORDERINGEN

In het arrest van 1991 stelt de Hoge Raad een beslag op toekomstige vorderingen gelijk aan een goederenrechtelijke beschikking over die vorderingen, zoals een cessie of een verpanding (bij voorbaat). Is er meer dan één 'beschikking' bij voorbaat, dan gaat de oudste voor. Art. 3:97 lid 2 BW vindt, per analogiam, toepassing.<sup>29</sup> Gesteld kan worden, dat de Hoge Raad het voorrangprobleem dat hier speelt, beslist met de prioriteitsregel.<sup>30</sup>

In het geval van 1991 lijkt er echter ook anderszins sprake te zijn van een toepassing van de prioriteitsregel: de executie door de hypotheekhouder, welke ex art. 7A:1612 BW de overgang van de huurverhouding meebrengt, kan niet worden tegengeworpen aan een schuldeiser die vóór de executie beslag heeft gelegd bij voorbaat op de toekomstige huurvorderingen. De vraag is echter, welke rechtshandeling hier moet gelden als uitgangspunt voor het bepalen van de prioriteit: is dit de hypotheekvestiging (inschrijving van het hypotheekrecht, vgl. art. 3:260 jo. art. 3:89 BW) of de executie door de hypotheekhouder? Het moment van hypotheekvestiging is niet waarschijnlijk, gezien het hierboven weergegeven standpunt van de Hoge Raad, dat het hypotheekrecht zich niet uitstrekt over de nog toekomstige huurvorderingen. Zou dit wél het geval zijn, dan zou het hypotheekrecht als eerder gevestigd, dus anterieur recht, boven het beslag gaan dat bij voorbaat op die vorderingen wordt gelegd. Waarschijnlijker is, dat het moment van executie als vertrekpunt geldt voor de bepaling van de voorrang: de 'vervreemding' die (waarschijnlijk) ex art. 7A:1612 BW ook de huurverhouding doet overgaan, komt ná de beslaglegging bij voorbaat. De beslaglegger gaat voor de hypotheekhouder.

Merkwaardig is echter, dat de Hoge Raad ten aanzien van de beslaglegging bij voorbaat wél de inschrijving van het beslag in de registers aanmerkt als het moment van beschikken, het moment dat telt voor het bepalen van de voorrang.<sup>31</sup> Niet geldt: het moment van (eventuele) executie door de beslaglegger. Bij een hypotheekrecht gaat de Hoge Raad kennelijk van het omgekeerde uit.

Het resultaat is, dat het hypotheekrecht na vestiging, dus als bestaand recht, geschonden kan worden door latere beschikkingen die bij voorbaat, dus met betrekking tot toekomstige goederen, worden verricht. Immers, aan een latere cessie of verpanding van of een beslag op toekomstige huurvorderingen wordt rechtsgevolg tegen de hypotheekhouder toegekend. Daarentegen wordt een bij voorbaat 'verkregen' recht van een cessionaris, een pandhouder en een beslaglegger door art. 3:97 lid 2 BW (analoog ten aanzien van het beslag) wél veiliggesteld tegen latere beschikkingen.

Eén en ander komt neer op een merkwaardige rechtsongelijkheid ten aanzien van de hypotheekhouder: een reeds gevestigd, volledig recht krijgt minder bescherming dan een recht dat voor zijn voltooiing nog wacht op de vervulling van een bestaansvereiste (beschikkingsbevoegdheid). Een bizarre uitkomst indien bedacht wordt dat het hypotheekrecht bedoeld is en ook geldt als zekerheidsrecht bij uitstek. (Analyse hierna, in par. 3.5).

### 3.4.4. De verwijzing naar 1940

<sup>29</sup>NJ 1992, 172, r.o. 3.3. Vgl. over deze beslissing F.H.J. Mijnsen, in: (On)zekerheid en nieuw recht (1992), p. 58-59.

<sup>30</sup>In dezelfde zin F.H.J. Mijnsen, t.a.p.; W.A. van der Ven, a.w., p. 77, 93-94. Anders D.J. van der Kwaak, WPNR 6238 (1996), p. 683, sprekende van 'Het misplaatste beroep op de prioriteitsregel' en *dezelfde*, WPNR 6269 (1997), p. 317-318. Zie voorts hieronder, par. 3.4.12.

<sup>31</sup>Zie in deze zin bijvoorbeeld het arrest uit 1991, NJ 1992, 172 m.n. HJS (Van Berkel/Tribosa) en HR 10 januari 1992, NJ 1992, 744 m.n. HJS (Ontvanger/NMB-Postbank).

Een vraag is ook in hoeverre de verwijzing door de Hoge Raad in 1991<sup>32</sup> naar het arrest van 1940 opgaat. De parallel lijkt aanwezig voor zover het gaat om de toepassing van art. 7A:1612 BW op het moment van executie: art. 7A:1612 BW doet de huurverhouding op de verkrijger overgaan; in beide arresten kan de 'vervreemding' niet worden tegengeworpen aan een eerder gedane cessie van - (1940) of een eerder gelegd beslag op (1991) toekomstige huurvorderingen.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup>NJ 1992, 172, r.o. 3.3.

<sup>33</sup>Zo beschouwd zou de uitkomst in het arrest van 1991 te onderbouwen zijn met een goederenrechtelijke binding die ontstaat op het moment van de levering bij voorbaat van of het beslag op de nog toekomstige vorderingen; zie mijn artikel in WPNR 6118 (1993), p. 974-981. De nadere bestudering van de rol van art. 7A:1612 BW in dit verband brengt echter een 'diepere laag' aan het licht die de verklaring met goederenrechtelijke binding overbodig maakt. Deze 'laag' is de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Zie nader hieronder, par. 3.4.10.

## TOEKOMSTIGE HUURVORDERINGEN

Verder gaat de vergelijking echter niet.<sup>34</sup> In 1940 is er namelijk sprake van een executie door een beslaglegger, waarbij het beslag van later datum is dan de cessie bij voorbaat. Meer schematisch weergegeven: 'cessie bij voorbaat - beslag op het vruchtgebruik van het verhuurde goed - executie door de beslaglegger'. In 1940 gaat de cessionaris voor de beslaglegger. In 1991 is er sprake van een executie door een hypotheekhouder, waarbij het hypotheekrecht echter dateert van vóór de beslaglegging. In schema: 'hypotheekvestiging - beslag op toekomstige huurvorderingen - executie door de hypotheekhouder'. Met andere woorden: in 1940 had de beslaglegger te maken met een eerder gedane beschikking bij voorbaat over de huurvorderingen en moest hij dit eerdere recht laten voorgaan. In 1991 had de beslaglegger eveneens te maken met een eerder recht (het hypotheekrecht), maar nu kreeg hij zélf voorrang, namelijk boven de latere executie.

Eén en ander kan ook als volgt tegenover elkaar worden gezet. De overweging van de Hoge Raad in 1940 is te lezen als: eerdere beschikkingen moeten worden gerespecteerd; de beslaglegger legt beslag op het goed zoals hij dit aantreft:

(.);  
dat ingevolge het bepaalde bij art. 1612 B. W. na den eigendomsovergang van het gehuurde voor de toekomst de huurovereenkomst met de in art. 1584 omschreven rechten en verplichtingen op den kooper overgaat;  
dat daaruit volgt, dat de kooper die huurverhouding heeft te aanvaarden, zooals hij haar dan aantreft, met inachtneming van de beschikkingen, die zijn voorganger, voorzoover de wet zich daartegen niet verzet, heeft getroffen;  
(.).<sup>35</sup>

In het arrest van 1991 oefent de hypotheekhouder daarentegen een ouder recht uit: zowel de verhuuring van het pand als het beslag bij voorbaat op de toekomstige huurvorderingen zijn van later datum dan zijn hypotheekrecht. Art. 7A:1612 BW vindt volgens de Hoge Raad toepassing, wanneer de hypotheekhouder geen beroep doet op het huurbeding. Dit laatste roept, hoewel er sprake is van een wezenlijk andere situatie, ogenschijnlijk een parallel in het leven met het arrest van 1940.

Gezien het vorenstaande kan men zich afvragen of de verwijzing door de Hoge Raad in 1991 naar zijn arrest van 1940 een terechte is. Toepassing van de gedachte van 1940 (eerdere beschikkingen moeten worden gerespecteerd; de beslaglegger legt beslag op het goed zoals hij dit aantreft) op de situatie van 1991 levert namelijk een uitkomst op die volstrekt tegengesteld is aan de door de Hoge Raad bereikte: de beslaglegger zou in 1991 een verhypothekerd goed hebben aangetroffen; het beslag zou, in tegenstelling tot de cessie in 1940, als latere beschikking niet tegen de hypotheekhouder inroepbaar zijn geweest.

Van Swaaij<sup>36</sup> constateert eveneens dat de gelijkenis tussen de arresten van 1991 en 1940 niet opgaat, echter op grond van het feit dat in 1991 toekomstige vorderingen hadden te gelden als

---

<sup>34</sup>Van Swaaij, diss., p. 253 en 265-270 constateert eveneens dat de gelijkenis niet opgaat, echter op andere gronden, die aan de werkelijke oorzaak van het probleem - de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW - voorbijgaan. Zie nader hieronder.

<sup>35</sup>NJ 1940, 848, p. 1259.

<sup>36</sup>Van Swaaij, diss., p. 253 en 265-270.

toekomstig<sup>37</sup> en in 1940 als bestaand.<sup>38</sup> Van Swaaij betoogt nu, dat de voorrang van de cessionaris boven de latere beslaglegger in 1940 te zien is als een beschikking met samenval in de tijd:

‘Ogenblikkelijk nadat hij (de cedent, RW) beschikt had, was de eigendom van de vorderingen uit het vermogen van de cedent overgegaan in dat van de cessionaris.’<sup>39</sup>

De latere executie van het verhuurde goed kon hieraan niet meer afdoen; in 1991 kwam de executie dan wel tussenbeide, zo moet Van Swaaij begrepen worden. Maar dan moet er in 1991 ook sprake zijn geweest van een eerdere ‘beschikking met temporele dimensie’, een scheiding tussen beschikking (bij voorbaat) en het rechtsgevolg daarvan, de beoogde rechtsovergang. Hierbij zij aangetekend, dat onduidelijk is in het betoog van Van Swaaij of een beslag op een toekomstige vordering - waar het in 1991 om ging - door hem ook wordt gezien als een dergelijke ‘beschikking met temporele scheiding’.<sup>40</sup> En indien het antwoord bevestigend is en aan het eerdere beslag in 1991 een ‘temporele’ werking moet worden toegekend, dan is raadselachtig welke de betekenis moet zijn van de door Van Swaaij verdedigde ‘onvoorwaardelijkheid’ van die ‘beschikking’ (bij voorbaat).<sup>41</sup> Immers, hoe onvoorwaardelijk is onvoorwaardelijk, indien de rechtsovergang uiteindelijk toch afhankelijk is van het ontstaan van beschikkingsbevoegdheid van de beschikker?<sup>42</sup> Consequenter is dan ook het verdere betoog van Van Swaaij<sup>43</sup>, waarin hij

<sup>37</sup>HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 m.n. WMK (Saneringsfonds/ABN).

<sup>38</sup>HR 29 december 1933, NJ 1934, 343 m.n. PS (Fijn van Draat/De Nederlanden).

<sup>39</sup>Van Swaaij, diss., p. 265.

<sup>40</sup>In zijn samenvatting van hoofdstuk 10 op p. 280 lijkt de temporele dimensie ook voor het beslag op toekomstige vorderingen te gelden. Eerder echter (p. 206-216), lijkt hij de ‘beschikking’ met temporele dimensie weer te onderscheiden van het beslag. Hier, op p. 206-216, gaat het telkens om de vraag of het beslag vóór of na de levering of vervreemding is gelegd. Op p. 216 stelt hij zelfs (met betrekking tot het arrest HR Ontvanger/NMB Postbank: ‘(.) nu er aan de beslaglegging (bij voorbaat, RW) (.) niets mankeert, en, anderzijds, de aan die beslaglegging voorafgegaane levering *onbevoegdlijk* verricht is.’ Indien dit laatste moet worden aangenomen, is er aan Van Swaaij’s standpunt zoals hierna, in paragraaf 3.4.12 weergegeven, niets veranderd. Een beslag op een toekomstige vordering lijkt dan toch niet afhankelijk te zijn van het ontstaan van die vordering. De in paragraaf 3.4.12 aangehaalde opvatting van deze schrijver en van Van der Kwaak, dat een beslag op toekomstige vorderingen onmiddellijk doel treft, en op die grond bij het ontstaan van die vorderingen voorgeat boven een eerder verrichte levering bij voorbaat, is dan nog steeds mogelijk. In zijn dissertatie trekt Van Swaaij deze consequentie echter niet meer (zie p. 206-214): de eerdere ‘beschikking’ bij voorbaat gaat nu boven het latere beslag (bij voorbaat). In dit verband stelt hij ook (p. 216) op de eerder betrokken stellingen te zijn teruggekomen.

<sup>41</sup>A.w., bijv. p. 112, 265. Eenzelfde bezwaar geldt de door Verhagen en Rongen, Preadvies (2000), verdedigde opvatting; zie hiervoor, noot 28. Zie ook de kritiek op de benadering door Van Swaaij van N.E.D. Faber, BW-kant Jaarboek 16 (2000), p. 173-184.

<sup>42</sup>Het is mij dan ook niet duidelijk, de ‘onvoorwaardelijkheid’ in het boek van Van Swaaij lezende (bijv. p. 112, nr. 145), waarin diens benadering verschilt met de door hem op p. 215-216 gewraakte ‘goederenrechtelijke binding’. Deze ‘binding’ komt neer (vgl. mijn artikel in WPNR 6118 (1993), p. 976 l.k. sub 2) op een als geldig aangemerkte levering (rechtshandeling), die echter door partijen uitdrukkelijk voor zoveel mogelijk onvoorwaardelijk is aangegaan, maar wel in het besef dat de wettelijke voorwaarde van beschikkingsbevoegdheid (art. 3:84 lid 1 BW, 3:276 BW voor beslag) nog vervuld moet worden met het ontstaan van de bij voorbaat gecedeerde of beslagen vordering. Zie nu de vraag van Van Swaaij op p. 216: ‘(.) hoe (kan) er reeds ‘goederenrechtelijke binding’ (.) zijn

## TOEKOMSTIGE HUURVORDERINGEN

op grond van art. 3:84 lid 1 BW in verband met de (ook door hem) veronderstelde rechts-  
overgang ex art. 7A:1612 BW concludeert, dat de huurvorderingen ontstaan in het vermogen  
van de executiekoper en dat de eerdere beslaglegger deze vorderingen niet kan innen; vgl  
hiervoor, paragraaf 3.4.2. Aan het feit echter dat de hypotheekhouder in 1991 executeert  
krachtens een aan het beslag *antérieur* recht (zie hieronder, paragraaf 3.4.5), mede in verband  
met de vraag of een hypotheekrecht zich uitstrekt over nog niet opeisbare huurvorderingen<sup>44</sup>,  
gaat hij voorbij.<sup>45</sup> (Analyse hierna, in par. 3.5).

### *3.4.5. De situaties in 1991 en 1940*

---

indien nog niet aan de wettelijke vereisten voor overdracht voldaan is; (...)' Mijn wedervraag: waarin ligt het verschil  
tussen een wettelijk vereiste (beschikkingsbevoegdheid) en de door hem op p. 112 als 'onzekere gebeurtenis' aange-  
duide ontbrekende beschikkingsbevoegdheid die van de 'onvoorwaardelijke' rechtshandeling toch niet zo'n  
onvoorwaardelijke maakt?

<sup>43</sup> A.w., p. 266-270.

<sup>44</sup> Zie hierboven, paragraaf 3.3 en 3.4 (het citaat van Meijers bij noot 9).

<sup>45</sup> Afgezien van een algemene aanduiding op p. 268.

In verband met het onder 3.4.4 besprokene rijst ook de volgende vraag: welke rol speelt het feit dat toekomstige vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een bestaande rechtsverhouding, in 1940 als bestaande vorderingen golden en in 1991 als toekomstige?<sup>46</sup> De uitspraak van 1940 zou, bij een dubbele beschikking over een 'bestaand' goed - een cessie bij voorbaat, gevolgd door een beslag bij voorbaat - verklaard kunnen worden vanuit de regel, dat eerdere beschikkingen vóór latere gaan. De executie in 1940 zou dan de oorspronkelijke, materieelrechtelijke rangorde van de schuldeisers niet hebben kunnen wijzigen. Het beroep door de Hoge Raad in 1940 op art. 7A:1612 BW zou de uitdrukking zijn van een ook thans bestaande regel: een later beslag kan aan een eerder huurrecht of aan een eerdere beschikking over toekomstige huurvorderingen geen afbreuk doen (vgl. bijvoorbeeld het huidige art. 475h Rv).

In 1991 gelden de huurvorderingen weliswaar als toekomstig, zodat er wederom een dubbele beschikking over eenzelfde goed zou kunnen zijn - een beslag bij voorbaat, gevolgd door hypothecaire executie -, maar dan komen de verklaringsmoeilijkheden.

In de eerste plaats is de dubbele beschikking van 1991 een geheel andere dan die in 1940. In 1940 was de situatie: 'cessie bij voorbaat - beslag op het vruchtgebruik van het verhuurde goed - executie door de beslaglegger'. De cessie en het beslag golden als moment van beschikken; de executie kon aan de aldus gevestigde rangorde niet meer afdoen. In 1991 is de situatie: 'hypotheekvestiging - beslag op toekomstige huurvorderingen - executie door de hypotheekhouder'. Hier gelden echter, getuige de redenering van de Hoge Raad, niet de hypotheekvestiging en het beslag als de momenten van beschikken, maar: het beslag en de executie. De executie bepaalt mede de rangorde.

In de tweede plaats kán er in 1991 geen sprake zijn van een dubbele beschikking over eenzelfde goed (toekomstige vorderingen), gezien de stelling van de Hoge Raad dat het hypotheekrecht zich niet uitstrekt over nog niet opeisbare huurvorderingen. De hypothecaire executie kan die vorderingen dan ook niet omvatten en kan niet gelden als een beschikking over de vorderingen.

In de derde plaats is niet duidelijk, waarom in 1940 een beslag op het vruchtgebruik van een verhuurd goed wél mede de toekomstige huurvorderingen omvat, en in 1991 noch een hypotheekrecht noch de uitoefening van dit recht zulks vermag te doen. Dit derde punt wordt nog nader uitgewerkt (3.4.6).

Onbegrijpelijk is, reeds gezien de vorenstaande vragen, hoe de Hoge Raad in 1991 art. 7A:1612 BW kan toepassen alsof het om een gelijke situatie gaat als die in 1940.<sup>47</sup> (Analyse hierna, in par. 3.5).

### *3.4.6. Een vreemde wending van de Hoge Raad in het arrest van 1991*

De hierboven al ter sprake gekomen vraag, of nog niet-opeisbare huurvorderingen onder het hypotheekrecht of onder het beslag vallen, leidt in samenhang met het door de Hoge Raad in

<sup>46</sup>Sinds het arrest Fijn van Draat/De Nederlanden (HR 29 december 1933, NJ 1934, 343 m.n. PS) gold een toekomstige vordering die haar onmiddellijke grondslag in een reeds bestaande rechtsverhouding vond, als een bestaande vordering. Vanaf HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615, m.n. WMK (Saneringsfonds/ABN) gelden dergelijke toekomstige vorderingen als toekomstig. Zie ook hiervoor, bij noot 17.

<sup>47</sup>Zie de verwijzing door de Raad, in r.o. 3.3, naar zijn arrest uit 1940.

## TOEKOMSTIGE HUURVORDERINGEN

1991 - kennelijk - gekozen moment van beschikken, tot een merkwaardige tournure in het arrest van 1991. Indien de niet-opeisbare huurtermijnen tot het moment van opeisbaarheid een deel van de hoofdzaak zouden vormen (art. 3:9 lid 4 jo. art. 3:227 lid 2 BW), zou voor het arrest van 1940 de veronderstelling juist zijn, dat de eerdere beschikking (de cessie van toekomstige huurvorderingen) vooringing boven de latere (beslag op het vruchtgebruik van het verhuurde goed). Het vruchtgebruik omvatte dan mede de toekomstige huurvorderingen. De executie door de beslaglegger kon aan de reeds gevestigde rangorde niet meer afdoen. In het arrest van 1991 kan de Hoge Raad niet meer tot een dergelijk resultaat komen, omdat klaarblijkelijk een ander moment van beschikken tot uitgangspunt wordt genomen, namelijk de executie door de hypotheekhouder. Een resultaat dat gelijk zou zijn aan dat van 1940 zou de Hoge Raad slechts hebben kunnen bereiken door in deze situatie, 'hypotheekvestiging - beslag op toekomstige huurvorderingen - executie door de hypotheekhouder', niet alleen het moment van hypotheekvestiging tot uitgangspunt te nemen, maar ook het hypotheekrecht zich te laten uitstrekken over de toekomstige huurvorderingen. Nu echter moet de Hoge Raad zich eruit redden met de mededeling, dat een hypotheek

^ (.) naar zijn aard slechts op het verhuurde goed zelf rust en niet op de vordering ter zake van de huurpenningen<sup>18</sup>.

Een vreemde wending, die zoals gezegd de parallel met het arrest van 1940 verder onaannemelijk maakt (afgezien van de slechts ogenschijnlijk gelijke toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW, zie hiervoor, 3.4.4 en 3.4.5). (Analyse hierna, in par. 3.5).

### *3.4.7. Art. 7A:1612 BW en executie door de hypotheekhouder*

---

<sup>18</sup>NJ 1992, 172, r.o. 3.3 vierde alinea.

Is art. 7A:1612 BW van toepassing op executie door de hypotheekhouder? De heersende leer geeft een op het eerste gezicht eenduidig, bevestigend antwoord: de woorden 'Verkoop van het verhuurde' in art. 7A:1612 BW zien op iedere vervreemding, dus ook op executie door een hypotheekhouder.<sup>49</sup> In het arrest van 1991 spreekt de Hoge Raad zich over de vraag echter niet duidelijk uit. De toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in dit arrest ligt waarschijnlijk, behalve in het feit van de constante jurisprudentie, besloten in de verwijzing door de Hoge Raad naar zijn arrest van 1940<sup>50</sup>, alsmede in de beslissing dat de verkoop door de hypotheekhouder

' (...) heeft plaatsgevonden "onder bezwaar van de lopende huur", zodat enig beding als bedoeld in art. 1230 BW hier geen rol speelt.'

De Hoge Raad vervolgt dan:

*Dit brengt mee dat ook de onderhavige vervreemding niet tegen de beslaglegger op de vordering ter zake van huurpenningen kan worden ingeroepen, nu de hypotheek naar zijn aard slechts op het verhuurde goed zelf rust en niet op de vordering ter zake van de huurpenningen en, bij gebreke van een op goede grond ingeroepen beding als bedoeld in art. 1230, die vordering ook na de vervreemding door de hypotheekhouder telkens uit de huurovereenkomst zal blijven ontstaan en onder het op die vordering gelegde beslag zal blijven vallen.'* (cursivering RW)<sup>51</sup>

Tegen deze achtergrond zou echter ook de vraag gesteld kunnen worden, of de Hoge Raad in 1991 een onderscheid heeft willen aanbrengen tussen een executie door de hypotheekhouder enerzijds en de verkoop door de eigenaar-verhuurder zélf anderzijds. Ten aanzien van een verkoop door de eigenaar-verhuurder verwijst de Raad eerder namelijk uitdrukkelijk wél naar art. 7A:1612 BW:

' Wanneer de eigenaar-verhuurder het verhuurde onroerend goed aan een ander verkoopt en levert, doet hij daarmee ingevolge art. 1612 lid 1 BW het vorderingsrecht met betrekking tot de huurpenningen op

<sup>49</sup>Zie bijv. F.H.J. Mijnsen, in: (On)zekerheid en nieuw recht (1992), p. 58, alsmede (het literatuuroverzicht bij Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 99 en voorts J.J. van Hees, diss., p. 175; Toelichting Boek 7, p. 939 ad 1, 941, waarin wordt verwezen naar constante rechtspraak in deze. Daaraan kunnen toegevoegd worden bijv. HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 m.n. WMK, AA XXV (1976) m.n. G., p. 536-542 (Albers/Assmann en Donck); HR 5 februari 1982, NJ 1982, 471 m.n. WMK (Ordelmans/Te Brake); HR 3 februari 1989, NJ 1990, 249 m.n. WMK (Pirouette/Broekmeulen); HR 7 juni 1991, NJ 1992, 262 m.n. WMK (Gay Association/Engelen); Hof Amsterdam 22 juni 1995, NJ 1997, 476 (Elander/Planex); HR 15 november 1996, NJ 1997, 508 m.n. WMK (Metterwoon/Van Ommen), in welke arresten de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW (in het arrest van 1982: art. 34 Pw) op de executie door een hypotheekhouder wordt uitgesproken.

<sup>50</sup>Zie het hierboven weergegeven fragment uit het arrest van 1940. Ook A-G Hartkamp lijkt bij deze passage (uit 1940) aan te sluiten in zijn conclusie voor het arrest van 1991 (NJ 1992, 172, p. 630, onder 10): 'Ook bij een zodanige verkoop (de executie door een hypotheekhouder, RW) oefent art. 1612 zijn werking uit (evenals bij de niet-executoriale verkoop die in de zaak van 1940 aan de orde was), zodat de koper in beginsel in de huurverhouding treedt zoals deze tussen verhuurder en huurder gold.' Zie in gelijke zin bijvoorbeeld ook H. Stein (1993), p. 70; N.E.D. Faber, in: Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht, p. 201, noot 65; A.I.M. van Mierlo, in: Van Beheering (1998), p. 124, noot 24.

<sup>51</sup>NJ 1992, 172, r.o. 3.3.



## TOEKOMSTIGE HUURVORDERINGEN

de verkrijger overgaan. In de vervreemding van het verhuurde goed ligt dan de vervreemding van het bedoelde vorderingsrecht besloten.<sup>52</sup>

Nu dienen zich, indien naar een antwoord op de vraag wordt gezocht, wederom slechts onderling tegenstrijdige 'oplossingen' aan. Wanneer namelijk art. 7A:1612 BW door de Hoge Raad met reden niet wordt aangehaald bij de executie door een hypotheekhouder, zulks in tegenstelling tot het geval van de verkoop en levering door de eigenaar-verhuurder, is de vraag hoe de tegenstelling verklaard moet worden tussen de (executie-) koper van een registergoed enerzijds, die de huurverhouding heeft te aanvaarden zoals hij haar aantreft en met inachtneming van de beschikkingen die zijn voorganger heeft getroffen<sup>53</sup>, en de huurder en de beslaglegger anderzijds, die een eerdere beschikking - de door de verhuurder/beslagene reeds tot stand gebrachte 'hypotheekverhouding' (het reeds bestaande hypotheekrecht) - kennelijk niet behoeven te aanvaarden zoals zij die aantreffen.

Moet de verklaring gezocht worden in de verkoop door de hypotheekhouder 'onder bezwaar van de lopende huur'? Doet deze verkoop de huurverhouding op de verkrijger overgaan, inclusief het gelegde beslag? Art. 7A:1612 BW is dan bij de executie door een hypotheekhouder niet van toepassing en de woorden 'verkoop van het verhuurde' in art. 7A:1612 BW zien dan niet op deze vorm van verkoop.

Of is art. 7A:1612 BW toch vereist om de huurverhouding te doen overgaan op de verkrijger, inclusief het gelegde beslag? De vraag is dan, hoe het artikel 'in werking' wordt gezet? Moet de huurder zich er op beroepen? Is de verkoop 'onder bezwaar van de lopende huur' reeds voldoende? In het laatste geval: heeft de hypotheekhouder het in zijn macht om art. 7A:1612 BW met de verkoop 'in te schakelen'? Een volgende vraag is: werkt het artikel naar zijn aard 'aanvullend', dat wil zeggen, slechts wanneer de hypotheekhouder geen beroep doet op zijn eenmaal gevestigde recht? Dit beroep zou erop neerkomen, dat hij kan veilen hetgeen hem werd verbonden, namelijk een ónverhuurd pand. Bij een dergelijk beroep echter zou art. 7A:1612 BW in beginsel weer niet van toepassing zijn en zou de bestaansreden van art. 3:264 BW vervallen.

Is art. 7A:1612 BW dan in het geheel niet van toepassing, omdat het huurbeding hoogstens enig nut heeft om het misverstand te vermijden,

'(..), dat in geval van executie door een hypotheekhouder, wiens recht anterior was aan de huur-overeenkomst, de huurder zich op art. 1612 zou kunnen beroepen.'<sup>54</sup>

Zoals gezegd, indien art. 7A:1612 BW met reden door de Hoge Raad in het arrest van 1991 wél wordt genoemd bij de verkoop door de eigenaar-verhuurder zelf, maar niet bij de executie door een hypotheekhouder, kan men slechts gissen naar de inhoud van die reden. (Analyse hierna, in par. 3.5).

---

<sup>52</sup>NJ 1992, 172, r.o. 3.3.

<sup>53</sup>Vgl. de overweging van de Hoge Raad in het arrest van 1940, hierboven, bij noot 35 weergegeven. Vgl. over deze benadering ook N. de Benedity, WPNR 3553 en 3554 (1938), resp. p. 49-52 en 69-71, en Wiarda, Preadvies BCN 1940, p. 62-74.

<sup>54</sup>Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 182. Zie in gelijke zin Roes, diss. 1970, p. 106, 109 en Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 262.

### 3.4.8. De artikelen 3:273 BW en 505 lid 2 Rv

Neemt men met de heersende leer aan, dat art. 7A:1612 BW ook van toepassing is op de executie door een hypotheekhouder, dan rijzen de nodige problemen indien de artikelen 3:273 BW en 505 lid 2 Rv in het verhaal worden betrokken.<sup>55</sup> Ingevolge art. 3:273 BW vervallen gelegde beslagen bij een executoriale veiling door een hypotheekhouder. Art. 505 lid 2 Rv bepaalt dat een 'vervreemding' niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen indien de vervreemding ná de inschrijving van het proces-verbaal van beslaglegging is geschied. Nu is er bij de veiling strikt genomen sprake van een 'vervreemding-na-beslag'. Ziet art. 7A:1612 BW nu (krachtens de heersende leer) ook op deze 'vervreemding-na-beslag' en kan de vervreemding ook een executoriale zijn? Dat zou betekenen dat de hypotheekhouder het goed in verhuurde staat verkoopt, tenzij hij een (gemaakt) huurbeding inroept.

Indien de heersende leer ook hier wordt toegepast, is art. 7A:1612 BW niet alleen van toepassing op de 'vervreemding' uit art. 505 lid 2 Rv, maar ook op soortgelijke artikelen als 453a en 475h Rv. In het laatstgenoemde artikel gaat het om (derden)beslag op een (toekomstige) vordering. Een 'vervreemding-na-beslag' deert de beslaglegger niet, zo meldt ook dit artikel: is er beslag gelegd op toekomstige huurvorderingen, dan heeft de beslaglegger van de executoriale 'vervreemding' door de hypotheekhouder niets te vrezen. Toch, indien art. 7A:1612 BW van toepassing wordt geacht, zou de huurverhouding op de verkrijger overgaan; hij zou aanspraak kunnen maken op de huurvorderingen die in zijn vermogen gaan ontstaan.

De Hoge Raad biedt in het arrest van 1991<sup>56</sup> het volgende uitgangspunt voor de beoordeling van de verhouding tussen een veilende hypotheekhouder die wordt geconfronteerd met een beslaglegger, die zijn beslag heeft gelegd op de toekomstige huurvorderingen:

'Deze verkoop (door de hypotheekhouder, RW) heeft plaatsgevonden "onder bezwaar van de lopende huur", zodat enig beding als bedoeld in art. 1230 BW hier geen rol speelt. Dit brengt mee dat ook de onderhavige vervreemding niet tegen de beslaglegger op de vordering ter zake van de huurpenningen kan worden ingeroepen, nu de hypotheek naar zijn aard slechts op het verhuurde goed zelf rust en niet op de vordering ter zake van de huurpenningen en, bij gebreke van een op goede grond ingeroepen beding als bedoeld in art. 1230, die vordering ook na de vervreemding door de hypotheekhouder telkens uit de huurovereenkomst zal blijven ontstaan en onder het op die vordering gelegde beslag zal blijven vallen.'

De uitkomst van de redenering is duidelijk: het beslag op de toekomstige huurvorderingen werkt tegen de hypotheekhouder, tenzij deze een beroep op het huurbeding doet. Dit beroep wordt niet gedaan, en zo wordt de beslaglegger aangewezen als rechthebbende op de huurtermijnen die vervallen ná de executie. De Hoge Raad roept met de redenering echter vragen in het leven, waarop wederom vele en onderling tegenstrijdige antwoorden zijn te geven.

De eerste vraag betreft de scheiding in rechtsgevolgen tussen een beslag op het verhuurde goed zelf en een beslag op de huurvorderingen die 'het goed' nog zal genereren: hoe algemeen moet deze scheiding gelden? De tweede vraag is: hoe is de scheiding

<sup>55</sup>Zie over dit onderwerp ook D.J. van der Kwaak, diss., Hfst. III, alsmede mijn artikel in TCR 1997/2, p. 30-37, in welke beide werken ook verdere literatuurverwijzingen zijn aan te treffen.

<sup>56</sup>NJ 1992, 172, r.o. 3.3.

## TOEKOMSTIGE HUURVORDERINGEN

te rijmen met de rol van art. 7A:1612 BW? De redenering van de Hoge Raad is immers: de hypotheekhouder heeft het huurbeding niet ingeroepen; kennelijk doet art. 7A:1612 BW de huurverhouding dan overgaan op de verkrijger (zie hiervoor, 3.4.7). Kan de verkrijger nu aanspraak maken op de huurvorderingen die in zijn vermogen gaan ontstaan, terwijl tegelijkertijd de hypotheekhouder niet kon beschikken over de toekomstige huurvorderingen? De derde vraag betreft de werking van art. 3:273 BW in dit verband. Dit artikel bepaalt dat het gelegde beslag vervalt als gevolg van de executie. Op de drie vragen wordt hieronder afzonderlijk ingegaan (a-c).

### *a. Rechtsgevolgen art. 505 lid 2 en art. 475h Rv*

De Hoge Raad brengt een scheiding aan tussen 'beschikken over het verhypothekerde goed' en 'beschikken over toekomstige huurvorderingen'. De hypotheek rust

'naar zijn aard slechts op het verhuurde goed zelf en niet op de vordering ter zake van de huurpenningen'.

Betekent dit nu, dat een executerende hypotheekhouder wél beschikt over het verhuurde goed, maar dat hij niet kán beschikken over de toekomstige huurvorderingen? Ook niet wanneer, anders dan in het arrest van 1991, voor de executie géén beslag op die vorderingen is gelegd? Met andere woorden: moet met deze beslissing de hierboven<sup>57</sup> weergegeven benadering, dat huurvorderingen onder het hypotheekrecht vallen zolang zij niet opeisbaar zijn geworden (art. 3:9 lid 4 jo. art. 3:227 BW), over de gehele linie als onjuist van de hand worden gewezen? Gelijke vragen zijn te stellen ten aanzien van een pandrecht op een roerende zaak die na de verpanding wordt verhuurd. Art. 7A:1612 BW is krachtens algemene opvatting ook dan van toepassing. Strekt het pandrecht zich eveneens naar zijn aard slechts uit over het verhuurde goed en niet over de vorderingen ter zake van de huurpenningen?

### *b. De rol van art. 7A:1612 BW*

Hoe echter is de scheiding tussen 'beschikken over het verhypothekerde goed' en 'beschikken over toekomstige huurvorderingen' te rijmen met de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW? De executie door de hypotheekhouder van het verbonden goed komt door de scheiding los te staan van de werking van art. 475h Rv.<sup>58</sup> Ten aanzien van de beslaglegger, die de toekomstige huurvorderingen besloeg, is er namelijk geen 'vervreemding-na-beslag'. Art. 475h Rv kan niet van toepassing zijn; de hypotheekhouder kán niet executorial beschikken over die huurvorderingen. Hoe kan de Hoge Raad dan uitkomen bij een 'botsing' tussen de hypotheekhouder en de beslaglegger? Is het mogelijk, wanneer de executie door de hypotheekhouder de huurvorderingen niet kan 'raken', dat art. 7A:1612 BW dit kennelijk 'voor hem doet'? Art. 7A:1612 BW ziet krachtens de heersende leer weliswaar op iedere vervreemding, maar door de genoemde scheiding is 'executie' door een hypotheekhouder van toekomstige huurvorderingen die vóór de executie zijn beslagen, niet mogelijk. Toch is art. 7A:1612 BW van toepassing, zo moet de Hoge Raad worden begrepen, omdat

---

<sup>57</sup>Zie het hierboven, bij noot 9 weergegeven citaat van Meijers.

<sup>58</sup>Ten tijde van het wijzen van het arrest van 1991 was dit artikel nog 475b (Oud) Rv.

(.) bij gebreke van een op goede grond ingeroepen beding als bedoeld in art. 1230, die vordering ook na de vervreemding door de hypotheekhouder telkens uit de huurovereenkomst zal blijven ontstaan en onder het op die vordering gelegde beslag zal blijven vallen.<sup>59</sup>

Is deze uitkomst al raadselachtig, het wordt nog vreemder indien de jurisprudentie van de Hoge Raad van vóór 1992 omtrent art. 505 lid 4 en 5 (Oud) Rv in het geheel wordt betrokken. In dit artikel werd bepaald, evenals in het huidige 505 lid 2 Rv het geval is, dat een vervreemding-na-beslag niet tegen de beslaglegger kon worden ingeroepen. De Hoge Raad bepaalde voor het oude recht in drie arresten<sup>60</sup>, dat 'vervreemding' in dit artikel niet zag op vervreemding door de hypothecaire schuldeiser die zijn verhaalsrecht uitoefent. Het oude artikel bevatte de bepaling, dat er sprake moest zijn van een vervreemding door 'de partij tegen welke het beslag gedaan is'. Met deze uitspraken was de regel omtrent de 'vervreemding-na-beslag' enkel van toepassing op een vervreemding door de eigenaar van de beslagen onroerende zaak.

In het huidige recht is de problematiek niet ondervangen door art. 3:273 BW.<sup>61</sup> Weliswaar vervallen bij een (hypothecaire) executie de ingeschreven beslagen en kan op het eerste gezicht van een botsing tussen een executerende hypotheekhouder ('vervreemding') en een beslaglegger geen sprake meer zijn. Met art. 3:273 BW echter is de botsing verschoven naar de rangorde tussen de schuldeisers bij de verdeling van de executieopbrengst. Ook dan immers geldt de vraag, of de executerende hypotheekhouder het recht van de beslaglegger moet respecteren, bijvoorbeeld omdat het beslag al gelegd was vóór de hypotheekvestiging (zie bijv. art. 57 lid 3 F en HR 13 mei 1988, NJ 1988, 748 (Banque de Suez/Mr. Bijkerk q.q.)). Indien het ná de hypotheekvestiging is gelegd, komt de vraag op welk(e) moment(en) tot uitgangspunt genomen dient of dienen te worden voor het bepalen van de onderlinge rangorde bij de verdeling. Het moment van inschrijving (van het hypotheekrecht respectievelijk het beslag)? Het moment van hypothecaire executie ('vervreemding') versus dat van inschrijving van het beslag? Dit probleem speelde in ieder geval in de genoemde drie arresten: hierin was sprake van de situatie 'veiling-beslag-juridische levering aan de koper'. Moet er naar huidig recht voor de rangorde uitgegaan worden van een 'vervreemding-na-beslag' in de zin van - thans - art. 505 lid 2 Rv, hoewel het beslag ex art. 3:273 BW is vervallen? Het beslag is immers gelegd nog vóór er sprake is van een 'vervreemding' (juridische levering). Of geldt de jurisprudentiële regel zoals hierboven weergegeven ook naar huidig recht: de executie door de hypotheekhouder is niet een 'vervreemding' door de geëxecuteerde, de hypotheekgever/beslagene?

Mijns inziens moet het laatste aangenomen worden. De jurisprudentiële regel geldt ook thans nog.<sup>62</sup> De Hoge Raad kenmerkt de executoriale 'vervreemding' door een hypothecaire

<sup>59</sup>NJ 1992, 172, r.o. 3.3.

<sup>60</sup>HR 24 januari 1964, NJ 1964, 450 m.n. JHB (Viruly/Kindt); HR 19 oktober 1990, NJ 1992, 227 m.n. WMK (Staat der Nederlanden/Troost) en ook nog voor het oude recht oordelend, HR 7 april 2000, RvdW 2000, 99 (WUH en De Vestingwachter BV/Staat der Nederlanden). De arresten betreffen alle de situatie veiling-beslag-juridische levering. Steeds werd er geveild ex art. 1223 lid 2 (Oud) BW, door de (eerste) hypotheekhouder, krachtens diens aan het beslag anteriore recht.

<sup>61</sup>Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 308, grote letter daarentegen spreekt wel van een ondervangen zijn (in de kleine letter wordt gesproken van een 'meedelen in de opbrengst' door de beslaglegger, maar niet wordt aangegeven of voor dit meedelen de hier besproken jurisprudentie nog van belang is).

<sup>62</sup>In dezelfde zin J.C. van Straaten, WPNR 6034 (1992), p. 87 m.k.; Van Straaten (1992), p. 69; Heemskerk (1997), p. 30; de auteurs betogen dat de regel uit de genoemde uitspraken van de Hoge Raad op het huidige art. 505 lid 2 Rv

schuldeiser primair als verhaalsuitoefening door een schuldeiser (de hypotheekhouder) en niet als een 'vervreemding' door de hypotheekgever. De achtergrond van deze benadering wordt (opnieuw) geschetst in de meest recente van de drie uitspraken en komt, vertaald naar het huidige recht<sup>63</sup>, hierop neer: het gaat niet aan om een eenmaal bestaand verhaalsrecht van een hypotheekhouder te frustreren door een beslag te laten voorgaan dat is gelegd na het ontstaan van het hypotheekrecht of na de uitoefening ervan door de hypotheekhouder (executieverkoop).<sup>64</sup> Ergo: ook naar huidig recht dient te gelden, dat indien de hypotheekhouder bij de hypothecaire executie wordt geconfronteerd met een andere schuldeiser die ná de vestiging van het hypotheekrecht beslag op de onroerende zaak heeft gelegd, er géén sprake is van een 'vervreemding-na-beslag' in de zin van art. 505 lid 2 Rv. De hypotheekhouder kan het verbonden goed vrij van het beslag verkopen en leveren.

Past men nu deze jurisprudentiële regel toe op hetgeen de Hoge Raad in zijn arrest van 1991 overweegt met betrekking tot het beslag op de toekomstige huurvorderingen (het huidige art. 475h Rv), dan moet wederom geconcludeerd worden dat een botsing tussen de hypotheekhouder en de beslaglegger niet mogelijk is. Immers, het gaat ook in dit arrest om een vervreemding door een ander dan degene tegen wie het beslag was gedaan. Er is geen 'vervreemding' die art. 475h toepasselijk kan doen zijn. Het gevolg is, dat de executoriale vervreemding in beginsel wél tegen de beslaglegger is in te roepen. Aan de regel 'vervreemding-na-beslag' wordt niet toegekomen, art. 475h Rv staat, evenals art. 505 Rv buitenspel, er is sprake van een 'vervreemding' als ware er geen beslag gelegd vóór de executie.

De voorlopige conclusie luidt: zowel op grond van de door de Hoge Raad aangebrachte scheiding tussen 'beschikken over het verhypothekerde goed' en 'beschikken over toekomstige huurvorderingen', als krachtens een door de Hoge Raad gegeven regel over 'vervreemding' in het beslagrecht, kan in het arrest van 1991 niet aan een 'vervreemding' door de hypotheekhouder worden toegekomen.

Hoe uit deze door de Hoge Raad gecreëerde impasse te komen? Is het nu art. 7A:1612 BW dat tóch op die hypothecaire vervreemding ziet? Veroorzaakt dit artikel dan de botsing tussen de hypotheekhouder en de beslaglegger? Is dit laatste ook de bedoeling van de Hoge Raad, wanneer deze (mogelijk<sup>65</sup>) een scheiding aanbrengt tussen de verkoop door de eigenaar-verhuurder zélf en de hypotheekhouder? Zo ja, hoe verhoudt zich dan één en ander tot de

---

onverkort van toepassing is, hoewel hierin niet wordt gesproken, zoals in het oude art. 505 Rv, van 'akten van vervreemding door de partij tegen wie het beslag is gedaan'.

<sup>63</sup>Waarin een eenmaal bestaand hypotheekrecht niet kan worden aangetast door latere beperkte rechten en/of latere beslagen op het verhypothekerde goed, zulks behoudens derdenbescherming of rangwisseling (3:262); vgl. bijv. J.C. van Straaten, WPNR 6034 (1992), p. 87 r.k.; Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 257-261.

<sup>64</sup>HR 7 april 2000, RvdW 2000, 99 (WUH en De Vestingwachter BV/Staat der Nederlanden), r.o. 3.3. Zie over dit arrest J.A.J. Peter, AA Katern (bijlage bij AA 49 (2000) 9), p. 3869, die de hier spelende problematiek benadert, met de Hoge Raad, vanuit de vraag of een beslaglegger als een derde-verkrijger is aan te merken, zulks in verband met eventuele derdenbescherming van (thans) art. 3:24 BW. Deze benadering miskent m.i. dat de momenten van hypotheekvestiging c.q. beslaglegging reeds bepalend zijn voor de onderlinge rangorde tussen hypotheekhouder en beslaglegger; men zie de het resultaat in de hier besproken vier arresten. W.M. Kleijn, WPNR 6001 (1991), p. 250 betoogt n.a.v. het arrest HR 19 oktober 1990, NJ 1992, 227, dat bijv. ook een faillissement van de hypotheekgever ná de executieverkoop door de hypotheekhouder maar vóór de inschrijving van de akten van veiling en gunning de hypotheekhouder niet kan deren.

<sup>65</sup>Zie hierboven, 3.4.7.

mededeling van de Hoge Raad, dat wanneer de eigenaar-verhuurder het goed zelf verkoopt, hij daarmee ingevolge art. 7A:1612 BW het vorderingsrecht met betrekking tot de huur doet overgaan?<sup>66</sup> Is met deze mededeling de overgang van de huurverhouding als geheel uitgesloten? En hoe moet geoordeeld worden bij de hypothecaire executie, waarbij de hypotheek, aldus de Hoge Raad

‘naar zijn aard slechts (rust) op het verhuurde goed zelf en niet op de vordering ter zake van de huurpenningen?’

Zoals onder meer in de inleiding (paragraaf 3.1) al aangegeven wordt op deze plaats een keuze tussen de verschillende mogelijkheden niet gemaakt. Gezocht wordt naar de oorzaak van de problemen. (die zichzelf exponentieel lijken te vermenigvuldigen). Men zie hierna, de analyse in paragraaf 3.5.

### *c. De werking van art. 3:273 BW*

Nu dient de derde vraag zich aan: welke is de werking van art. 3:273 BW in dit verband? De executie door de hypotheekhouder doet ‘gelegde beslagen vervallen’, zo is in dit artikel bepaald. Maar wat zegt dit over de onderlinge verhouding tussen de hypotheekhouder en de beslaglegger? Vervalt ook het beslag op de huurvorderingen of blijft dit juist in stand, dit laatste gezien de door de Hoge Raad in 1991 aangebrachte scheiding tussen executie van het verhypothekerde goed en het beslag op de toekomstige huurvorderingen? En, zo het beslag op de huurvorderingen vervalt, hoe wordt dan de door de Hoge Raad in 1991 gegeven voorrang van de beslaglegger bereikt? Of, aangenomen dat alle beslagen vervallen, hoe moet dan de materiële rangorde zijn bij de verdeling van de opbrengst van het goed? Geldt hier de problematiek van het arrest van de Hoge Raad inzake *Banque de Suez/Mr Bijkerk* q.q.<sup>67</sup>, waarin sprake was van een verhypothekering nádat op de onroerende zaak beslag was gelegd, en waarin bij de uitdeling aan de eerdere beslaglegger een wel zéér hoge rang werd toegekend?<sup>68</sup>

Of doorkruist art. 3:273 BW zodanig de regels van het procesrecht, dat aan de artikelen 505 lid 2 en 475h Rv in het geheel niet wordt toegekomen? Met andere woorden: moet de hiervoor weergegeven jurisprudentiële regel omtrent art. 505 lid 4 en 5 (Oud) BW geacht worden te zijn voortgezet in art. 3:273 BW: de ‘vervreemding’ genoemd in art. 505 Rv ziet niet op de executie door een hypotheekhouder? Zo dit het geval is, hoe moet dan de werking van art. 7A:1612 BW worden begrepen in verband met de door de Hoge Raad in 1991 aangegeven voorrang van de beslaglegger? Zoals hiervoor bij de tweede vraag al aangegeven, leidt toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW er immers toe dat de huurverhouding overgaat op de verkrijger. De vraag daarbij is dan echter: gaat de huurverhouding over inclusief of exclusief de toekomstige huurvorderingen? Kan de verkrijger hierop aanspraak maken of komen zij toe aan de beslaglegger? (Een keuze uit de verschillende opties wordt op deze plaats niet gemaakt, zie hierboven, het slot van onderdeel b). (Analyse van de hier besproken vragen volgt in par. 3.5).

<sup>66</sup>R.o. 3.3. Zie ook hierna, 3.4.9.

<sup>67</sup>HR 13 mei 1988, NJ 1988, 748 m.n. G.

<sup>68</sup>Zie hierover uitgebreid H. Oudelaar, WPNR 5887 (1988), p. 529-535; Van Straaten (1992), p. 70-74; D.J. van der Kwaak, in: CJHB (Brunner-Bundel) (1994), p. 233-244; H.W. Heyman en S.E. Bartels, NTBR 1998/7, p. 219-225; Burgerlijke Rechtsvordering (H. Stein), art. 505, art. 5e; Albers-Dingemans (1998), p. 36-43.

## TOEKOMSTIGE HUURVORDERINGEN

### *3.4.9. De werking van art. 7A:1612 BW*

Indien de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de executie door een hypotheekhouder wordt aangenomen, is een zeer belangrijke vraag: welke is de werking van dit artikel? De mogelijke antwoorden zijn opnieuw zeer divers, terwijl de implicaties van die antwoorden zich onderling nauwelijks laten verenigen. Men leze de volgende reeks.

Is er sprake van een overgang ex art. 7A:1612 BW van de huurverhouding als geheel, dat wil zeggen, van de huurovereenkomst inclusief de 'beschikkingen' in verband daarmee getroffen, zoals cessie/verpanding/beslag (deze werking zou dan opgevat kunnen worden als een toepassing van de nemo plus-regel)? Zie in deze zin bijvoorbeeld A-G Hartkamp in zijn conclusie voor het arrest van 1991:

'Ook bij een zodanige verkoop (de executie door een hypotheekhouder, RW) oefent art. 1612 zijn werking uit (evenals bij de niet-hypothecaire executorialie verkoop die in de zaak van 1940 aan de orde was), zodat de koper in beginsel in de huurverhouding treedt zoals deze tussen verhuurder en huurder gold.<sup>69</sup>

en de Hoge Raad in het bedoelde arrest van 1940:

(.);

dat ingevolge het bepaalde bij art. 1612 B. W. na den eigendomsovergang van het gehuurde voor de toekomst de huurovereenkomst met de in art. 1584 omschreven rechten en verplichtingen op den koper overgaat;

---

<sup>69</sup>NJ 1992, 172, blz. 630, onder 10.

dat daaruit volgt, dat de koper die huurverhouding heeft te aanvaarden, zooals hij haar dan aantreft, met inachtneming van de beschikkingen, die zijn voorganger, voorzoover de wet zich daartegen niet verzet, heeft getroffen;<sup>70</sup>

Of gaat niet de huurverhouding als geheel over, maar alleen het *vorderingsrecht* met betrekking tot de huur? In 1991 overweegt de Hoge Raad voor het geval de eigenaar-verhuurder zélf verkoopt, met betrekking tot dit vorderingsrecht<sup>71</sup>:

‘Wanneer de eigenaar-verhuurder het verhuurde onroerend goed aan een ander verkoopt en levert, doet hij daarmee ingevolge art. 1612 lid 1 BW het vorderingsrecht met betrekking tot de huurpenningen op de verkrijger overgaan. In de vervreemding van het verhuurde goed ligt dan de vervreemding van het bedoelde vorderingsrecht besloten.’

Berust de stelling van de Hoge Raad, dat in de vervreemding van het verhuurde goed de vervreemding van het vorderingsrecht besloten ligt, op een dwaling (Blom<sup>72</sup>)?

Kan een overgang van rechtswege (niet: overdracht) van het *vorderingsrecht* als verklaring dienen voor het door de Hoge Raad bereikte resultaat? Het beslag blijft dan rusten op huurvorderingen die in een ander vermogen ontstaan dan dat van de beslagene. Zie in deze zin H.J. Sniijders, betogende dat het vorderingsrecht betreffende het nog niet bestaande materiële recht op de huurpenningen, dit materiële recht annexiert bij zijn ontstaan.<sup>73</sup>

Eén vraag naar de werking van art. 7A:1612 BW, vier mogelijke, maar zeer uiteenlopende antwoorden. Het is (bijna) tijd om naar de oorzaak van één en ander te gaan zoeken (hierna, de analyse in paragraaf 3.5).

#### 3.4.10. Goederenrechtelijke binding?

De uitkomst in het arrest van de Hoge Raad inzake Ontvanger/NMB<sup>74</sup> kan met een goederenrechtelijke binding worden verklaard: een cessie bij voorbaat van een toekomstige vordering krijgt voorrang boven een nadien op die toekomstige vordering gelegd derdenbeslag, zodra en indien de vordering ontstaat in het vermogen van de cedent/beslagene.<sup>75</sup> Deze binding is te zien als een erkenning - door het toekennen van rechtsgevolgen aan bij voorbaat verrichte cessies/verpandingen of aan bij voorbaat gelegde beslagen - van de belangrijke rol die toekom-

<sup>70</sup>NJ 1940, 848, p. 1259-1260. Roes, diss., p. 103-104 stelt dienaangaande, dat de werking van art. 7A:1612 BW zich dan ook bij cessie van huurtermijnen doet gevoelen. Tot een zelfde gevolgtrekking komt E.J.H. Schrage (1994), p. 26: ‘Door de rechtspraak is uitgemaakt, dat de rechtsopvolger zelfs conservatoir derdenbeslag op toekomstige huurpenningen heeft te dulden; een wel zeer verregaande consequentie van deze gedachte. Zie HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172.’

<sup>71</sup>NJ 1992, 172, r.o. 3.3. Vgl. ook Hof Amsterdam 22 juni 1995, NJ 1997, 476 (Elander/Planex).

<sup>72</sup>Kw.ber. Nieuw BW 1991/3, p. 72, 73, 77.

<sup>73</sup>H.J. Sniijders, noot onder het arrest van 1991, NJ 1992, 172 en BW-krant Jaarboek 1992, p. 21-22. Zie over Sniijders' opvatting ook hierna, hoofdstuk 9, par. 9.16.

<sup>74</sup>HR 10 januari 1992, NJ 1992, 744 m.n. HJS.

<sup>75</sup>Vgl. R. Westrik, WPNR 6118 (1993), p. 974-981. Zie ook de opmerkingen over het arrest Van Berkel/Tribosa van F.H.J. Mijssen, in: (On)zekerheid en nieuw recht (1992), p. 58-59.



## TOEKOMSTIGE HUURVORDERINGEN

stige vorderingen spelen in het hedendaagse rechtsverkeer. Een cessie of verpanding bij voorbaat van, dan wel een beslag bij voorbaat op toekomstige huurvorderingen heeft om die reden reeds te gelden als een 'beschikking' in die zin, dat de cedent/pandgever zich met de bij voorbaat verrichte cessie/verpanding goederenrechtelijk bindt dan wel goederenrechtelijk wordt gebonden door de beslaglegger. In het geval van samenloop van dergelijke 'beschikkingen' bij voorbaat kan aan de oudste ervan voorrang boven de jongere worden toegekend. Een dergelijke fictie is nodig (vgl. art. 3:97 lid 2 BW), omdat de bij voorbaat verrichte rechtshandelingen alle effect verkrijgen in de ene ondeelbare seconde waarin het goed, dat bij voorbaat was gecedeerd/verpand/beslagen, in het vermogen van de cedent/pandgever/beslagene komt of ontstaat.

In het arrest Van Berkel/Tribosa van 1991 ging het om de situatie 'huur-na-hypotheek': het goed was na de hypotheekvestiging verhuurd; ook was er nadien beslag gelegd op de nog toekomstige huurvorderingen. De beslaglegger had het recht om na de executie van het goed door de hypotheekhouder de huurvorderingen - die ontstonden in het vermogen van de nieuwe eigenaar (een huurbeding was niet ingeroepen, 'dus' de huurverhouding was ex art. 7A:1612 BW op de nieuwe eigenaar overgegaan) - te innen. Deze uitkomst zou ook te verklaren zijn met goederenrechtelijke binding, indien de veronderstelde overgang ex art. 7A:1612 BW van de huurverhouding op de executiekoper tevens beschouwd wordt als een 'beschikking' over de nog toekomstige huurvorderingen (die dan ex art. 3:9 lid 4 BW nog tot het verhuurde goed behoren). Alsdan is er een dubbele 'beschikking' over de nog toekomstige huurvorderingen en kan art. 3:97 lid 2 BW analoog worden toegepast: de oudste (het beslag) gaat voor.<sup>76</sup> Op een soortgelijke wijze zou de beslissing van de Hoge Raad in het arrest De Boer/Haskerveenpolder van 1940 verklaard kunnen worden: de cessie bij voorbaat van de toekomstige huurvorderingen (die in 1940 overigens als 'bestaand' hadden te gelden<sup>77</sup>), gevolgd door een executorialer verkoop van het verhuurde goed (inclusief de nog niet-opeisbare maar 'bestaande' huurvorderingen).<sup>78</sup> In dit arrest kreeg de eerdere cessionaris voorrang boven de latere verkrijger van het verhuurde goed.

Wordt de mogelijke verklaring met 'goederenrechtelijke binding' van de arresten van 1991 en 1940 echter voorzien van een nader gegeven, namelijk de vraag op grond van welk recht de executie in de beide gevallen plaatsvond, dan verandert het beeld ingrijpend. Een onderliggende en prioriteit-bepalende laag wordt zichtbaar. Het moment van executie is nu niet meer bepalend voor het moment van 'beschikken' ex art. 7A:1612 BW. In 1940 blijkt er sprake te zijn van een cessie bij voorbaat, gevolgd door een beslag bij voorbaat (beslaglegger executeerde), in 1991 van hypotheekvestiging, gevolgd door verhuur en door een beslag op de

<sup>76</sup>Zie mijn in de vorige noot genoemde artikel, p. 978-981.

<sup>77</sup>HR 29 december 1933, NJ 1934, 343 m.n. PS (Fijn van Draat/De Nederlanden).

<sup>78</sup>Zie ook hiervoor, paragraaf 3.4.4. Of de Hoge Raad, zoals Van Swaaij betoogt (diss., p. 255; zie ook p. 8), hier werkelijk bedoeld heeft dat de bij wijze van fictie als 'bestaand' aangemerkte vorderingen 'door en bij' de cessieakte reeds waren overgegaan in het vermogen van de cessionaris, is mijns inziens zeer de vraag. Een dergelijke vergaande conclusie - waar Van Swaaij zelf overigens ook niet van wil weten, zie hiervoor, bij noot 28 en 42 - lijkt in ieder geval niet in overeenstemming met de mededeling van de Hoge Raad in 1940, 'dat de koper die huurverhouding heeft te aanvaarden, zoals hij haar dan aantreft, met inachtneming van de beschikkingen, die zijn voorganger, voorzoover de wet zich daartegen niet verzet, heeft getroffen' (HR De Boer/Haskerveenpolder, 15 maart 1940, NJ 1940, 848 m.n. EMM, p. 1259). Zou bijvoorbeeld de zinsnede 'voorzoover de wet zich daartegen niet verzet' kunnen zien op de wettelijke eis van beschikkingsbevoegdheid?

toekomstige huurvorderingen (hypotheekhouder executeerde). Nu blijken de beide casus wezenlijk te verschillen (zie hiervoor, paragraaf 3.4.4 en 3.4.5). In de verklaring met 'goederenrechtelijke binding' van het arrest van 1991 moet worden uitgegaan van het moment van executie, maar dit doet geen recht aan het feit, dat werd geveild krachtens een hypotheekrecht dat *anterieur* was aan het beslag. Aldus is deze 'binding' voor het arrest van 1991 geen oplossing die geheel past in het systeem van het burgerlijke recht. Hieronder, in paragraaf 3.5 zal blijken dat zulks ook niet mag verwonderen, omdat de oorzaak een fase eerder te vinden is, namelijk in de ruime uitleg, naar huidig recht, van art. 7A:1612 BW.

#### 3.4.11. Bevoegdheid van de hypotheekgever

Brengt de vestiging van een hypotheekrecht, al dan niet met een huurbeding, mee, dat de eigenaar-hypotheekgever niet langer bevoegd is om ten nadele van de hypotheekhouder over de huurvorderingen te beschikken? Deze vraag kwam in het vorige hoofdstuk reeds ter sprake.<sup>79</sup>

#### 3.4.12. Het rechtskarakter van beslag miskend?

Moet de uitkomst van het arrest van 1991 (en wellicht ook die van 1940) worden verworpen, zoals Van Swaaij<sup>80</sup> betoogde en Van der Kwaak<sup>81</sup> betoogt voor het huidige recht<sup>82</sup>, omdat de Hoge Raad in deze kwestie

-art. 3:97 lid 2 BW toepast op een situatie waarvoor het niet is geschreven (beslag op een toekomstige vordering gevolgd of voorafgegaan door een cessie/verpanding van die vordering;

-het rechtskarakter van het beslag en de systematiek van het beslagrecht miskent? De Hoge Raad ziet volgens deze schrijvers voorbij aan de bedoeling die de wetgever met art. 475h Rv en met bijvoorbeeld artikelen als 453a en 505 Rv had: een vervreemding of bezwaring ná beslag kan niet tegen de beslaglegger ingeroepen, met andere woorden, een eenmaal gelegd beslag grijpt in in de systematiek van het burgerlijk recht; beslag is een procesrechtelijke handeling en niet een burgerlijkrechtelijke.<sup>83</sup> De individuele beslaglegger handelt krachtens een eigen procesrechtelijke bevoegdheid en legt beslag buiten de cedent om; de overdracht of de verpanding (zijnde het resultaat van de cessie/verpanding bij voorbaat bij beschikingsbevoegd worden van de cedent/pandgever) vindt plaats nádat het beslag (bij voorbaat

<sup>79</sup>Paragraaf 2.3.1.

<sup>80</sup>WPNR 6065 (1992), p. 717-724. In zijn dissertatie stelt deze schrijver te zijn '(.)' teruggekomen op eerder betrokken stellingen in WPNR 6065 (.); zie p. 216. In hoeverre dit echter daadwerkelijk het geval is, is twijfelachtig. Zie hiervoor, bij noot 40.

<sup>81</sup>WPNR 6238 (1996), p. 680-686 en WPNR 6269 (1997), p. 317-318. Zie ook reeds diens dissertatie (1990), o.a. p. 60-62 en 227-228. In dezelfde zin voor het toenmalige Ontwerp BW, Mijnsen (1983), p. 55-59.

<sup>82</sup>Zie, in qua uitkomst gelijke zin voor het oude BW bijvoorbeeld Asser-Beekhuis I (Zakenrecht) (1985), nr. 331; Mijnsen (1987), p. 56-57; Reehuis, diss. 1987, nr. 504; Van Mierlo, diss. 1988, p. 107-108. Zie ook het overzicht bij S.C.J.J. Kortmann, noot onder HR 14 februari 1997, NJ 1999, 409 (Zunoca/Het Land Aruba)

<sup>83</sup>Van der Kwaak, diss. p. 61, 227-228; zie voorts diens betoog in WPNR 6238 (1996), (o.a) p. 685 en WPNR 6269 (1997), p. 317, en Van Swaaij, t.a.p., p. 723.

## TOEKOMSTIGE HUURVORDERINGEN

reeds is gelegd, waardoor het beslag (bij voorbaat) óók voorgaat boven een *eerdere* cessie of verpanding bij voorbaat.<sup>84</sup>

Het betoog van Van der Kwaak staat haaks op het door hemzelf als 'realiteitsprincipe'<sup>85</sup> aangeduide vereiste voor een effectieve beslaglegging, dat het beslagen goed zich in het vermogen van de beslagdebiteur moet bevinden (vgl. art. 3:84 lid 1 BW). Een beslag dat bij voorbaat gelegd is, kan slechts effect sorteren indien en voor zover het beslagen goed ook in dat vermogen ontstaat of terecht komt.<sup>86</sup> Voorts kan tegen de benadering worden ingebracht - en dat vloeit voort uit het negeren van het gegeven dat het beslag slechts doel kan treffen indien het beslagen goed in het vermogen van de beslagene aanwezig is -, dat een beslag bij voorbaat al wél rechtsgevolg heeft en een cessie of verpanding bij voorbaat nog niet, zulks terwijl óók het beslag niet 'vervolgd' kan worden zolang de beslagen vordering niet bestaat. In de woorden van de wetgever: aldus wordt aan beslag een sterkere werking gegeven dan aan een levering. De wetgever heeft, mijns inziens terecht, dit resultaat niet juist geacht omdat in het algemeen een oudere overdracht of een ouder pandrecht boven een later beslag gaat.<sup>87</sup> De wetgever spreekt hiermee het prioriteitsprincipe uit<sup>88</sup> en stelt, dat aan de toepassing ervan bovendien niet langer in de weg staat de regel, dat een beslaglegger geacht moet worden mede op te komen voor de belangen van alle schuldeisers die na hem eveneens onder de derde derdenbeslag ten laste van de schuldenaar leggen (de leer, die in HR 10 april 1953, NJ 1953, 587 m.n. Ph.A.N.H. wordt afgeleid uit de figuur van oppositie tegen afgifte van kooppenningen, art. 754 (Oud) Rv).

Van der Kwaak voert tegen deze opvatting aan, dat het door de wetgever verwoorde prioriteitsprincipe hier geen rol kan spelen:

'Nog daargelaten, of men het prioriteitsprincipe wel zonder meer op de verhouding tussen zakelijk recht en beslag kan toepassen, komt het i.c. alleen al niet voor toepassing in aanmerking omdat dat principe veronderstelt dat er een eerder zakelijk recht is. En dat is er nu juist niet, omdat het pas later tot stand komt.'<sup>89</sup>

Met betrekking tot het wegvallen (of het voortbestaan) van de genoemde leer van de Hoge Raad uit 1953 heeft de onderhavige problematiek bovendien niets van doen, aldus Van der

---

<sup>84</sup>Van der Kwaak, diss., p. 227-228; dezelfde, WPNR 6238 (1996), p. 680, 682 e.v. en WPNR 6269 (1997), p. 317-318; Van Swaaij, t.a.p., p. 721. Anders reeds de wetgever, MvA II Inv. bij art. 3:97 BW, Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1249, waarover nader hieronder.

<sup>85</sup>D.J. van der Kwaak, WPNR 6238 (1996), p. 682, l.k.: '(...) de beslaglegger kan niet meer nemen dan de beslagene heeft; een beslag kan slechts doel treffen, indien en voorzover het een vermogensbestanddeel van de debiteur raakt (...).' Met betrekking tot beslag op toekomstige vorderingen vervolgt deze schrijver (r.k.): 'Het doel wordt daar slechts bereikt indien en voor zover de door het beslag weliswaar bij voorbaat geblokkeerde vorderingen ook ontstaan, en dus een vermogensbestanddeel van de debiteur worden.'

<sup>86</sup>Zie ook mijn commentaar op de onderhavige materie in WPNR 6118 (1993), p. 974-981 en in WPNR 6269 (1997), p. 315-317.

<sup>87</sup>MvA II Inv. bij art. 3:97 BW, Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1249. Zie ook M.M. Olthof, in: Recht vooruit (1988), p. 121-137 en F.H.J. Mijnsen, in: (On)zekerheid en nieuw recht (1992), p. 58-59.

<sup>88</sup>Zie ook de onderbouwing, mede aan de hand van een vergelijking met het Duitse en het Romeinse recht, van deze benadering door W.A. van der Ven, Gron. Opm. en Meded. XI (1994), p. 65-94.

<sup>89</sup>Diss., p. 228.

Kwaak: de cedent of pandgever blijft in alle gevallen beschikkingsonbevoegd totdat de vordering ontstaat.

Hoe dit zij, de Hoge Raad heeft thans gekozen voor de hierboven weergegeven opvatting van de wetgever: een levering bij voorbaat heeft voorrang boven een beslag, dat vóór het ontstaan van de betreffende vordering, maar ná de levering bij voorbaat is gelegd.<sup>90</sup> In de hier aan de orde zijnde problematiek voor de situatie 'huur-na-hypothek' speelt bovendien een onderliggend probleem: de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Indien onder ogen wordt gezien, dat er niet zozeer sprake is van een 'vervreemding' ex art. 7A:1612 BW ná de beslaglegging, maar van de rechtsuitoefening (executie) door een hypotheekhouder die een aan het beslag *anterieur* recht heeft, komt de benadering door Van der Kwaak in een geheel ander licht te staan. Immers, de opeenvolging van 'hypothekrecht - beslag op toekomstige huurvorderingen - executie van het verhypothekerde goed' is van een geheel andere orde dan een 'levering/verpanding bij voorbaat van toekomstige huurvorderingen - beslag op die huurvorderingen - overdracht/verpanding (door het ontstaan van die vorderingen). Korter aangeduid: een gelijke benadering voor het hypothekrecht is niet goed denkbaar ('hypothekrecht bij voorbaat', gevolgd door 'verhypothekering bij het ontstaan van het registergoed?'). Hierna, in de analyse in paragraaf 3.5 zal dan ook blijken, dat het de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW is die aan de problemen in de situatie 'huur-na-hypothek' ten grondslag ligt.

### 3.5. Analyse 3.2 tot en met 3.4

#### 3.5.1. Algemeen

De kern van de hier besproken moeilijkheden ligt in de 'doorschietende' uitleg van art. 7A:1612 BW. Dit artikel lijkt krachtens vaste en algemene rechtsovertuiging ongelimiteerd en in alle gevallen een 'overgang' van de huurverhouding mee te brengen zodra er sprake is van een 'vervreemding' (eigendomsoverdracht) van het verhuurde goed.<sup>91</sup> De redenering verloopt dan kennelijk als volgt: art. 7A:1612 BW staat traditioneel voor 'koop breekt geen huur'; krachtens algemene opvatting ziet de 'koop' op iedere vervreemding, ook op de executie door een hypotheekhouder of beslaglegger.<sup>92</sup> Op deze wijze wordt ook de vervreemding van het verhuurde door een schuldeiser van de eigenaar-verhuurder beschouwd als een overdracht waarop art. 7A:1612 BW van toepassing moet zijn.<sup>93</sup> Ook hier geldt, dat de 'koop' een reeds bestaand huurrecht niet kan 'breken'.

<sup>90</sup>HR 10 januari 1992, NJ 1992, 744 m.n. HJS (Ontvanger/NMB-Postbank), o.a. herhaald in HR 14 februari 1997, NJ 1999, 409 m.n. SCJK (Zunoca/Het Land Aruba) en weergegeven in o.a. Asser-Mijnssen Zakenrecht III (1994), nr. 130, alwaar ook verdere literatuurvermeldingen. Zie voorts Goederenrecht (H.J. Sniijders) (1996), nr. 432 en Goederenrecht (Rank-Berenschot) (1996), nr. 545.

<sup>91</sup>Zie bijvoorbeeld Toelichting Boek 7, p. 939 ad 1, 941; (het literatuuroverzicht bij) H.J. Sniijders, BW-kraant Jaarboek 1992, p. 17-30 en Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 99.

<sup>92</sup>Vgl. TK 26 089, nr. 3 (MvT ad art. 7:226 Ontwerp BW), p. 35, verwijzende naar Toel. Boek 7 ad 7.4.4.1 Ontwerp BW (OM), p. 939 onder 1; zie voorts hiervoor, par. 3.4.3.

<sup>93</sup>In art. 7:226 lid 2 Ontwerp BW is zulks zelfs expliciet bepaald.

## TOEKOMSTIGE HUURVORDERINGEN

Op het eerste gezicht lijkt de benadering een heldere: een bestaand huurrecht moet beschermd worden tegen een latere vervreemding; art. 7A:1612 BW voorziet in die bescherming. De helderheid is echter bedrieglijk: past men de gedachte inderdaad toe zodra er sprake is van 'een vervreemding', dan vallen er drie situaties onder de werking van het artikel:

1. vervreemding door de *eigenaar-verhuurder*;
2. vervreemding door een *schuldeiser* van de eigenaar-verhuurder krachtens een recht, dat *ná* het huurrecht tot stand kwam;
3. vervreemding door een *schuldeiser* van de eigenaar-verhuurder krachtens een recht, dat *vóór* het huurrecht tot stand kwam.

Art. 7A:1612 BW en de aanduiding 'koop breekt geen huur' zien vooral op situatie 1, zulks vanuit de ontstaansgeschiedenis van het artikel (waarover meer hierna, hoofdstuk 8). De vervreemding van het verhuurde pand door de eigenaar-verhuurder levert dogmatisch en praktisch geen bezwaren op. De huurder wordt beschermd tegen latere (rechts)handelingen van zijn wederpartij, de eigenaar-verhuurder.

Toepassing van art. 7A:1612 BW op situatie 2 ontmoet evenmin bezwaren: de huurder wordt beschermd tegen latere (rechts)handelingen van zijn wederpartij, de eigenaar-verhuurder (in het geval van beslag: een handeling van de eigenaar-verhuurder 'zijns ondanks'). Een latere uitoefening van het hypotheek- of beslagrecht, resulterend in de vervreemding van het verhuurde goed, kan aan het bestaande huurrecht geen afbreuk doen. Immers, het huurrecht bestaat reeds vóóordat het recht van de schuldeiser ontstaat (inschrijving hypotheekrecht, inschrijving beslag). De hypotheekhouder of beslaglegger weet of kan weten, dat hij met een verhuurd goed te maken heeft.

De 'doorschietende' uitleg van art. 7A:1612 BW bestaat in het toepasselijk achten van dit artikel op situatie 3. Het artikel wordt hier ruim geïnterpreteerd: de huurder wordt beschermd tegen rechten *die al bestonden* op het moment dat het huurrecht tot stand kwam. Het hypotheekrecht is gevestigd, het beslag is gelegd, en eerst daarna wordt het verhypothekerde of beslagen goed verhuurd. Acht men de huurder nu ex art. 7A:1612 BW beschermd tegen een 'latere vervreemding' door de hypotheekhouder of de beslaglegger, dan dienen de vele moeilijkheden zich aan. Immers, een hypotheekhouder moet zich nu indekken - met een huurbeding - tegen huurrechten die ná de hypotheekvestiging verleend worden door de eigenaar-hypotheekgever. Een beslaglegger zou dit ook moeten doen, ware het niet dat hij reeds door de wetgever beschermd is tegen latere verhuringen (vgl. de artikelen 453a en 505 lid 2 Rv).

Irrelevant lijkt te zijn bij deze ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, dat het hypotheekrecht mogelijk reeds gevestigd was ten tijde van de verhuring. De vraag waarom dit er kennelijk niet toe doet zal hieronder in de hoofdstukken 8 en 9 aan de orde komen.

In het navolgende zal niet alleen blijken, dat de in dit derde hoofdstuk besproken problemen alle zijn terug te voeren op de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW zoals hierboven omschreven, maar ook dat er, wanneer zich een moeilijkheid aandient, steeds sprake is van situatie 3: een vervreemding door de hypotheekhouder krachtens een hypotheekrecht, dat *vóór* het huurrecht en/of *vóór* de cessie/verpanding/beslag tot stand kwam.

### *3.5.2. Analyse van de paragrafen 3.2 tot en met 3.4*

#### *Ad 3.2. Het huurbeding versus een beslag op toekomstige huurvorderingen*

In deze paragraaf spelen twee vragen: is het huurbeding inroepbaar, zij het indirect, tegen een beslag dat ná de hypotheekvestiging is gelegd op de toekomstige huurvorderingen (art. 475h Rv), en: welke is het effect van inroeping van het huurbeding op de huurverhouding (gaat de huurverhouding als geheel teniet, ook tussen de huurder en de eigenaar-verhuurder, of gaat deze alleen 'teniet' ten aanzien van de hypotheekhouder)? Beide vragen bestaan *omdat* art. 7A:1612 BW ruim wordt uitgelegd.

De besproken situatie is: ná de hypotheekvestiging, waarbij een huurbeding is gemaakt, maar vóór de executie door de hypotheekhouder wordt het verhypothekerde pand in strijd met het huurbeding verhuurd. Ook wordt in die periode beslag gelegd op de toekomstige huurvorderingen.

De rol van art. 7A:1612 BW bij de eventuele inroepbaarheid van het huurbeding tegen de beslaglegging ligt besloten in de volgende overweging van de Hoge Raad (voor de duidelijkheid hier nog eens weergegeven):

'Deze verkoop (door de hypotheekhouder, RW) heeft plaatsgevonden "onder bezwaar van de lopende huur", zodat enig beding als bedoeld in art. 1230 BW hier geen rol speelt. Dit brengt mee dat ook de onderhavige vervreemding niet tegen de beslaglegger op de vordering ter zake van huurpenningen kan worden ingeroepen, nu de hypotheek naar zijn aard slechts op het verhuurde goed zelf rust en niet op de vordering ter zake van de huurpenningen en, bij gebreke van een op goede grond ingeroepen beding als bedoeld in art. 1230, die vordering ook na de vervreemding door de hypotheekhouder telkens uit de huurovereenkomst zal blijven ontstaan en onder het op die vordering gelegde beslag zal blijven vallen.'<sup>91</sup>

De Hoge Raad redeneert: het huurbeding is niet ingeroepen, daarmee bestaat de huurverhouding nog. De huurverhouding gaat - zo moet geconcludeerd worden, hoewel de Hoge Raad dit niet expliciet zegt - ex art. 7A:1612 BW over op de verkrijger; de vervreemding door de hypotheekhouder 'omvat' nu ook de overgang van de huurverhouding; art. 475h Rv, dat spreekt van een 'vervreemding' die niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen, is van toepassing; de beslaglegger vervolgt zijn beslag op de huurvorderingen die gaan ontstaan in het vermogen van de verkrijger van het verhuurde goed.

Zou het huurbeding wél zijn ingeroepen, dan zou de huurverhouding er niet meer zijn geweest. Daarmee zouden de toekomstige huurvorderingen nimmer meer kunnen ontstaan, en zou de beslaglegger zijn beslagobjecten hebben verloren. De hypotheekhouder had het aldus in zijn macht gehad om het pand vrij van huur en ook vrij van het gelegde beslag aan de koper te leveren. Een levering daarentegen in verhuurde staat en mét het recht op de toekomstige huurvorderingen zou hier níet tot de mogelijkheden behoord hebben.

Duidelijk is hier dat art. 7A:1612 BW ruim geïnterpreteerd wordt: het artikel ziet op iedere vervreemding, in dit geval ook op een vervreemding als in situatie 3, hierboven onder 3.5.1 beschreven: er wordt geëxecuteerd krachtens een recht dat al bestond vóór de verhuring en vóór de beslaglegging. Tóch wordt art. 7A:1612 BW geacht van toepassing te zijn. Hier beginnen de problemen. Wanneer de hypotheekhouder zich tegen de werking van het artikel niet te weer stelt door het huurbeding in te roepen, doet art. 7A:1612 BW zijn werk: de latere huurder wordt beschermd tegen de vervreemding door een ouder gerechtigde, de huurverhouding gaat over op de verkrijger, en er is sprake van een 'vervreemding-na-beslag': art. 475h Rv

<sup>91</sup>HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.n. HJS (Van Berkel/Tribosa), r.o. 3.3.

## TOEKOMSTIGE HUURVORDERINGEN

wordt 'ingeschakeld' door art. 7A:1612 BW. De Hoge Raad moet er aan te pas komen om uit te maken, dat een hypotheek

'(.) naar zijn aard slechts op het verhuurde goed zelf rust en niet op de vordering ter zake van de huurpenningen' (.),

dit om de verhouding af te bakenen tussen de hypotheekhouder en de beslaglegger, twee partijen die elkaar in het strijdperk ontmoeten door de werking van art. 7A:1612 BW. Het feit dat zowel de huurverhouding als het beslag dateren van *na* de hypotheekvestiging, is kennelijk irrelevant.

Dat de ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW ook de ontstaansvoorwaarde is voor de tweede vraag, is te begrijpen wanneer de werking van het artikel wordt weggedacht. In dat geval zouden noch de huurverhouding noch het beslag enige werking hebben jegens de hypotheekhouder; immers, deze executeert krachtens zijn *anterieure* hypotheekrecht, een recht dat al bestond vóór het ontstaan van de huurverhouding en vóór de beslaglegging. Aan een huurbeding heeft hij dan geen behoefte; aan de vraag naar de werking van inroeping van een huurbeding komt men al helemaal niet toe.

### *Ad 3.3. Het huurbeding versus een cessie/verpanding van toekomstige huurvorderingen*

In deze paragraaf zijn twee situaties aan de orde:

- 'hypotheek - huur - cessie/verpanding van toekomstige huurvorderingen' - executie door hypotheekhouder';
- 'huur - hypotheek - cessie/verpanding van toekomstige huurvorderingen' - executie door hypotheekhouder'.

De vraag was in beide gevallen, of de hypotheekhouder de latere cessie/verpanding moet respecteren. De artikelen 7A:1612 en 3:264 BW leiden hier, zo bleek, tot tegengestelde antwoorden.

Indien de latere cessie/verpanding in strijd met een gemaakt huurbeding is verricht (de eerste situatie), leidt de tekst van art. 3:264 BW tot een ontkennend antwoord. Voor de tweede situatie is een ontkennend antwoord af te leiden uit de strekking van het huurbeding (behoud van de waarde van het hypothecaire onderpand).

Een bevestigend antwoord vloeit voort uit de interpretatie van art. 7A:1612 BW: de hypotheekhouder moet de latere cessie/verpanding respecteren

- of omdat deze deel uitmaakt van de huurverhouding als geheel (aldus de Hoge Raad in 1940 en - door verwijzing naar dit arrest, waarschijnlijk ook in 1991<sup>95</sup>); de huurverhouding gaat in dit geval, bij een huurrecht dat *ouder* is dan het hypotheekrecht, hoe dan ook op de verkrijger over,
- en/of omdat de hypotheekhouder met de executie van het verhypothekerde niet kan beschikken over de toekomstige huurvorderingen (aldus de Hoge Raad in 1991, zie hierboven, 3.3).

Aan de tegengestelde antwoorden gaat echter de ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW vooraf, of beter: die interpretatie is de oorzaak van de gestelde vraag of de hypotheekhouder de latere cessie/verpanding tegen zich moet laten gelden. Immers, in de ruime uitleg van het artikel

---

<sup>95</sup>Zie de bespreking van deze arresten hierboven, par. 3.4.

werkt een verhuuring en/of een cessie/verpanding (van toekomstige huurvorderingen) *ná* hypotheekvestiging óók tegen de hypotheekhouder, tenzij deze een gemaakt huurbeding inroept. Met dit huurbeding, dat in het leven is geroepen om de gevolgen van de ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW ongedaan te maken, dient zich het probleem aan. De aandacht moet zich nu immers richten op de *uitleg* van een systeem met daarin, als vanzelfsprekend inclusief, het huurbeding en art. 7A:1612 BW. Aan de *oorzaak* van het probleem komt men niet toe.

Eerst de uitleg: het resultaat van inroepbaarheid van het huurbeding tegen de cessie/verpanding zou een splitsing zijn tussen de huurverhouding als zodanig (de 'huurverhouding' die, daterend van vóór de hypotheekvestiging, wél inroepbaar zou zijn tegen de hypotheekhouder) en de cessie/verpanding (die dateert van ná de hypotheekvestiging). Dit is niet wat de Hoge Raad wil; in 1940 oordeelt deze:

(.);  
 dat ingevolge het bepaalde bij art. 1612 B.W. na den eigendomsovergang van het gehuurde voor de toekomst de huurovereenkomst met de in art. 1584 omschreven rechten en verplichtingen op den koper overgaat;  
 dat daaruit volgt, dat de koper die huurverhouding heeft te aanvaarden, zooals hij haar dan aantreft, met inachtneming van de beschikkingen, die zijn voorganger, voorzoover de wet zich daartegen niet verzet, heeft getroffen;  
 (..)<sup>96</sup>

Het resultaat: in de huurverhouding is de eigenaar-hypotheekgever bevoegd 'te doen wat hij wil', ook wanneer hij inmiddels een hypotheekrecht op zijn verhuurde goed heeft gevestigd. De hypotheekhouder kan, om waardedaling van het verbondene te voorkomen, een latere cessie of verpanding van toekomstige huurvorderingen wel verbieden bij huurbeding, maar het helpt hem niets. Bij executie is het huurbeding niet inroepbaar; de hypotheekhouder moet de latere cessie/verpanding dulden. Zijn betoog mag zijn: het hypotheekrecht strekt zich uit over de niet-zelfstandige onderdelen van de zaak, dus ook over de toekomstige huurvorderingen zolang deze nog niet opeisbaar zijn (art. 3:9 lid 4 jo. art. 3:227 lid 2 BW), en: de hypotheekgever kan niet ten nadele van het reeds gevestigde hypotheekrecht over deze toekomstige vorderingen beschikken. Het betoog wordt door de Hoge Raad in 1991 echter afgewezen: het hypotheekrecht rust

'(..) naar zijn aard slechts op het verhuurde goed zelf (..) en niet op de vordering ter zake van de huurpenningen' (..)<sup>97</sup>

Een hoogst onbevredigende uitkomst, gezien de genoemde artikelen 3:9 lid 4 en 3:227 lid 2 BW.

De uitleg lijkt echter te zijn voltooid: de hypotheekhouder die een huurbeding maakt en daarin de cessie/verpanding van toekomstige vorderingen 'verbiedt', kan uit de jurisprudentie weten, dat dat verbieden geheel overbodig is. Dit geldt voor de beide hier beschreven situaties: 'huur - hypotheek - cessie/verpanding' en 'hypotheek - huur - cessie/verpanding'. In het laatste geval namelijk zal de huurder zich eveneens beroepen op 'de huurverhouding', die mede de

<sup>96</sup>HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 m.n. EMM (De Boer/Haskerveenpolder), p. 1259.

<sup>97</sup>HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.n. HJS (Van Berkel/Tribosa).



## TOEKOMSTIGE HUURVORDERINGEN

latere cessie/verpanding omvat (zie, ter vergelijking, het probleem rond de vooruitbetaling van huurpenningen, besproken in hoofdstuk 2<sup>98</sup>). De hypotheekhouder zal níet de mogelijkheid hebben om een beroep te doen op alléén het verbod tot cessie/verpanding; hij zal de gehele huurverhouding moeten aantasten en een beroep moeten doen op het verbod tot verhuur als zodanig.

Het probleem is hiermee naar huidig recht groter dan ooit<sup>99</sup>: de mogelijkheid om een cessie/verpanding van huurvorderingen bij huurbeding te beperken c.q. te verbieden is weliswaar in art. 3:264 BW opgenomen (art. 1230 (Oud) BW kende de mogelijkheid niet), maar het nut van beperking of verbieden is vrijwel nihil. Het betreurenswaardige aan het geheel is bovendien, dat er geen probleem is: de problematiek is volstrekt overbodig. Zulks wordt duidelijk indien het huurbeding kan worden weggedacht omdat de interpretatie van art. 7A:1612 BW wordt teruggebracht tot een normale, waarin een hypotheekhouder níet verplicht is om een latere verhuuring te respecteren. In hoofdstuk 10 zal deze benadering worden uitgewerkt.

### *Ad 3.4. De koper versus de cessionaris/pandhouder/beslaglegger*

In dit onderdeel staan de vragen en problemen centraal die worden opgeroepen door de leer van de Hoge Raad inzake de cessie/verpanding van of het beslag op toekomstige huurvorderingen. Ook deze problematiek kan worden herleid tot de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Voortbouwend op hetgeen hiervoor ad 3.2 en 3.3 reeds is betoogd, kan over de in 3.4 aangehaalde kwesties het volgende gezegd worden.

#### *Ad 3.4.1. De nemo plus-regel gepasseerd?*

Het voorbijgaan door de Hoge Raad aan de eis van beschikkingsbevoegdheid van art. 3:84 lid 1 BW en aan de nemo plus-regel is onvermijdelijk in de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. In het arrest van 1991 geldt: er wordt geëxecuteerd krachtens een hypotheekrecht dat al bestond vóór de verhuuring en vóór de beslaglegging. Tóch wordt art. 7A:1612 BW geacht van toepassing te zijn. Wanneer de hypotheekhouder geen beroep op het huurbeding doet, `zorgt art. 7A:1612 BW voor de rest': de huurder wordt beschermd tegen de vervreemding door een (ouder) gerechtigde, de huurverhouding gaat over op de verkrijger, er is sprake van een `vervreemding-na-beslag'; art. 475h Rv wordt daarbij `ingeschakeld' door art. 7A:1612 BW. De vervreemding kan niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen; het beslag, dat `bij voorbaat' was gelegd onder de eigenaar-verhuurder (art. 475 Rv), treft doel terwijl de `beslagen' vordering níet in het vermogen van de beslagene, maar in dat van de verkrijger ontstaat.

De onderbouwing door de Hoge Raad in 1991 van deze werking van art. 7A:1612 BW geschiedt door te verwijzen naar het arrest van 1940. Die onderbouwing is echter onhoudbaar, zoals reeds kan worden afgeleid uit het hierboven in 3.4.4 t/m 3.4.6 betoogde. Immers: in 1940 ging het om de situatie `cessie bij voorbaat - beslag op het vruchtgebruik van het verhuurde

---

<sup>98</sup>Paragraaf 2.4.

<sup>99</sup>Zie bijvoorbeeld A.R. de Bruijn, RM Themis 1961, p. 112, over het verbod om over niet-verschenen huren te beschikken: `Wat te zeggen van dit onderdeel van het huurbeding? Mijn antwoord luidt, dat het volslagen overbodig is en, zo men hierover anders mocht denken, het nut van het verbod uiterst problematisch is, omdat het niet bestreken wordt door de tekst van art. 1230 B.W. (.). Zie voorts de uitwerking van één en ander door De Bruijn op p. 112-118.

goed - executie door de beslaglegger.' De uitkomst in 1940 is: de eerdere beschikking (cessie) gaat voor de latere (beslag). De executie vermag deze volgorde kennelijk niet te wijzigen; art. 7A:1612 BW, waar de Hoge Raad in 1940 naar verwijst, bevestigt de rangorde slechts. Gesteld moet worden dat zulks ook een normale of geëigende uitleg van het artikel zou inhouden. Deze uitleg zou overeenstemmen met situatie 2, hierboven onder 3.5.1 genoemd: vervreemding door een schuldeiser van de eigenaar-verhuurder krachtens een recht, dat *ná* het huurrecht - in casu: ook ná de cessie - tot stand kwam.

Van groot belang is, dat er in 1940 geen sprake kán zijn van een 'vervreemding-na-beslag' (welke vervreemding dan niet aan de beslaglegger kan worden tegengeworpen). Immers, de executie geldt niet als 'moment van beschikken'. In 1991 is dit wél het geval. In de situatie van 1991: 'hypotheekvestiging - verhuur - beslag op toekomstige huurvorderingen - executie door de hypotheekhouder', merkt de Hoge Raad kennelijk de *executie* aan als moment van beschikken en niet de hypotheekvestiging. Het resultaat is, dat op het oog een parallel ontstaat met het arrest van 1940, namelijk: art. 7A:1612 BW doet de huurverhouding overgaan op de verkrijger; de *eerdere* beslaglegger (in 1940: de *eerdere* cessionaris) kan het beslag respectievelijk de cessie invoeren tegen de verkrijger van het verhuurde goed. De parallel gaat echter volstrekt mank: *eerder* in 1940 is iets anders dan in 1991. In 1940 is het: eerdere cessie dan de beslaglegging (de executie volgt later); in 1991 is het volgens de Hoge Raad: eerder beslag dan de executie. Het feit dat de hypotheekhouder in 1991 executeert krachtens een recht, dat ouder is dan zowel het huurrecht als het beslag, lijkt niet van belang te zijn. Met andere woorden: wanneer 'eerder' in 1991 hetzelfde zou zijn als in 1940, zou het beslag in 1991 niet eerder, maar *later* zijn, later namelijk dan de hypotheekvestiging. Het beslag zou in 1991 dan *niet* invoerbaar zijn geweest tegen de hypotheekhouder.

Terug nu naar de ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW in het arrest van 1991. De huidige uitkomst van het arrest is te verklaren met één redenering van de Hoge Raad<sup>100</sup>: de hypotheekhouder doet *bij de executie* geen beroep op het huurbeding, art. 7A:1612 BW is 'dus' van toepassing, een *later* huurrecht en ook een *later* beslag (bij voorbaat) gaan - *door dit uitgangspunt* - kennelijk boven een reeds gevestigd hypotheekrecht. Het resultaat: er is een 'vervreemding-na-beslag', art. 475h Rv vindt toepassing, en aan de eisen van art. 3:84 lid 1 BW en aan de nemo plus-regel wordt voorbijgegaan.

#### *Ad 3.4.2. Toekomstigheid*

Het passeren door de Hoge Raad van zijn eigen jurisprudentiële regel, dat een huurvordering toekomstig is totdat zij ontstaat, is eveneens slechts te verklaren uit de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Men zie de vorenstaande (ad 3.4.1) redenering van de Hoge Raad: de hypotheekhouder doet bij de executie geen beroep op het huurbeding, art. 7A:1612 BW is 'dus' van toepassing, een *later* huurrecht en ook een *later* beslag (bij voorbaat) gaan - door deze uitleg

<sup>100</sup>NJ 1992, 172, r.o. 3.3., hier nogmaals weergegeven: 'Deze verkoop (door de hypotheekhouder, RW) heeft plaatsgevonden "onder bezwaar van de lopende huur", zodat enig beding als bedoeld in art. 1230 BW hier geen rol speelt. Dit brengt mee dat ook de onderhavige vervreemding niet tegen de beslaglegger op de vordering ter zake van de huurpenningen kan worden ingeroepen, nu de hypotheek naar zijn aard slechts op het verhuurde goed zelf rust en niet op de vordering ter zake van de huurpenningen en, bij gebreke van een op goede grond ingeroepen beding als bedoeld in art. 1230, die vordering ook na de vervreemding door de hypotheekhouder telkens uit de huurovereenkomst zal blijven ontstaan en onder het op die vordering gelegde beslag zal blijven vallen.'

## TOEKOMSTIGE HUURVORDERINGEN

- boven een *reeds gevestigd* hypotheekrecht. Er is nu een 'vervreemding-na-beslag', er wordt voorbijgegaan aan de eisen van 3:84 lid 1 BW en daarmee ook aan de regel, dat een huurvordering toekomstig is totdat zij ontstaat.

De onder 3.4.2 beschreven opvatting die, uitgaande van art. 7A:1612, zou leiden tot een gelijke kritiek als wordt gegeven door Blom op de situatie van het arrest van 1991, moet toch van die situatie worden onderscheiden. Blom reageert namelijk op het arrest van 1991, waarin sprake is van een ruime uitleg van art. 7A:1612 BW; het betreft de situatie 'huur-na-hypotheek'. De onder 3.4.2 beschreven opvatting betreft een commentaar op het arrest van 1940, in het bijzonder het beroep dat de Hoge Raad hier deed op art. 7A:1612 BW. Echter, in dit arrest kan geen sprake zijn van een ruime uitleg van dit artikel, omdat het een omgekeerde situatie betreft: 'hypotheek/beslag na huur'. Het betrof in 1940 een vervreemding door een schuldeiser van de eigenaar-verhuurder krachtens een recht, dat *na* het huurrecht - in casu: ook *na* de cessie - tot stand kwam. De toepassing door de Hoge Raad van art. 7A:1612 BW op deze situatie is een normale of geëigende, zoals hierboven, ad 3.4.1 reeds werd aangegeven. Een bespreking van de kritiek van Mijnsen en Van Mierlo op die toepassing van art. 7A:1612 BW valt daarmee buiten het bestek van deze studie (die zich richt op de situatie 'huur-na-hypotheek').

### *Ad 3.4.3. Prioriteit en het moment van beschikken*

Een merkwaardig verschil in bescherming tegen *later* tot stand komende rechten ontstaat, of is ontstaan, door de benadering van de Hoge Raad in 1991. Immers, een hypotheekhouder ziet zijn *bestaande* recht niet beschermd tegen een latere cessie/verpanding bij voorbaat van dan wel een later beslag bij voorbaat op toekomstige huurvorderingen. Daarentegen wordt een cessionaris/pandhouder/beslaglegger-bij-voorbaat niet alleen beschermd tegen een latere beschikking bij voorbaat (art. 3:97 lid 2 BW, voor beslag analoog toegepast), maar óók tegen een latere eigendomsoverdracht. In het arrest van 1991 namelijk wordt de beslaglegger-bij-voorbaat beschermd tegen de executie door de hypotheekhouder, die veilt krachtens zijn aan het beslag anterieure recht.

Onmiskenbaar debet aan dit resultaat is wederom de redenering door de Hoge Raad vanuit het huurbeding of beter: vanuit de ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW. Namelijk: de hypotheekhouder doet bij de executie geen beroep op het huurbeding, art. 7A:1612 BW is 'dus' van toepassing, het *latere* beslag bij voorbaat gaat boven het reeds gevestigde hypotheekrecht.

Twee vragen dienen zich nu aan. De eerste vraag - waarom wordt art. 7A:1612 BW zo ruim geïnterpreteerd? - komt hierna, in de hoofdstukken 8 en 9 aan de orde. De tweede vraag luidt: is er misschien een duidelijke reden waarom de Hoge Raad in 1991 het moment van executie kiest voor het bepalen van de voorrang en niet het moment van hypotheekvestiging? In dat geval namelijk zou deze keuze voorafgaan aan de bovengenoemde redenering vanuit het huurbeding en art. 7A:1612 BW, en zou die redenering niet meer als oorzaak van de hier geschetste problemen gelden. Immers, waneer het moment van executie reeds tot uitgangspunt van redeneren wordt genomen, dient men inderdaad op dat moment te weten: verkoopt de hypotheekhouder met of zonder huurverhouding? Met andere woorden: doet hij een beroep op het huurbeding of niet? De toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW komt dan, wanneer het

beroep op het beding uitblijft, op de derde plaats. Toch is een (impliciete) keuze door de Hoge Raad voor het moment van executie niet zeer waarschijnlijk, om twee redenen.

In de eerste plaats strookt de beslissing van 1991 bij een dergelijke keuze in het geheel niet meer met die van 1940. De situatie in 1991 was: 'hypotheekvestiging - verhuur - beslag bij voorbaat op toekomstige huurvorderingen - executie door de hypotheekhouder.' Die in 1940: 'cessie van toekomstige huurvorderingen - beslag op het vruchtgebruik van het verhuurde goed - executie door de beslaglegger.' Neemt men in 1940 nu het moment van executie tot uitgangspunt van redeneren, dan wordt de vraagstelling, evenals in 1991: verkoopt de beslaglegger mét of zonder huurverhouding? Men wil namelijk weten, evenals in 1991: wie kan aanspraak maken op de huurvorderingen die gaan ontstaan in het vermogen van de verkrijger? In essentie is dit een voorrangskwestie. Het antwoord is in 1991: de 'vervreemding' komt ná het beslag, de beslaglegger gaat voor (de verkrijger van het verhuurde goed). Een gelijke redenering voor het geval van 1940 zou tot dit (vreemde) antwoord leiden: de 'vervreemding' (door de beslaglegger) komt ná het (eigen) beslag, de beslaglegger krijgt voorrang (boven zichzelf). Het antwoord in 1940 luidt dan ook, dat de cessionaris voorgaat boven de beslaglegger. Dit antwoord kan echter alléén gegeven worden en is ook onvermijdelijk, wanneer en omdat er een materiële waarheid geldt: er is een botsing tussen een (eerdere) cessie bij voorbaat en een (later) beslag bij voorbaat. De conclusie moet zijn: de veronderstelling dat het moment van executie bepalend is voor de onderlinge voorrang, is onhoudbaar.

In de tweede plaats is er waarschijnlijk geen keuze van de Hoge Raad voor het moment van executie omdat er zich, zoals hierboven reeds werd aangestipt, wezenlijk en onontkoombaar een voorrangprobleem of prioriteitskwestie aandient waarbij de Hoge Raad - niet onbegrijpelijk - de prioriteitsregel inzet om tot een oplossing te komen.<sup>101</sup> De vraag is immers steeds: wie heeft recht op de huurvorderingen die gaan ontstaan in het vermogen van de verkrijger, de cessionaris of de beslaglegger (in 1940), de verkrijger of de beslaglegger (1991)? In 1991 trekt de beslaglegger aan het langste eind, in 1940 de cessionaris. Bezieet men nu het doel van die prioriteitsregel, dan is het onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad opzettelijk heeft gekozen voor het moment van executie om de voorrangskwestie op te lossen. Het doel van de prioriteitsregel die geldt in het goederenrecht, kan worden omschreven als: de oudere beschikking gaat voor de jongere. De regel is gebaseerd, zo stelt de wetgever<sup>102</sup>, op het beginsel dat niemand meer rechten kan verschaffen dan hij zelf heeft (de *nemo plus*-regel). Anders omschreven: de omvang van een eenmaal gevestigd goederenrechtelijk recht moet worden gehandhaafd. Dit doel kan uit de aard der zaak slechts verwezenlijkt worden door het moment van *ontstaan* van het desbetreffende recht tot uitgangspunt te nemen. Bij een recht op een goed dat eerst kan ontstaan wanneer het goed bestaat (registergoederen, vergelijk art. 3:98 jo. art. 3:97 lid 1 BW), is dit moment eenvoudig aan te wijzen: bijvoorbeeld het moment van hypotheekvestiging. Moelijker is zulks bij een recht op een toekomstige roerende zaak of een toekomstig vermogensrecht in verband

<sup>101</sup>D.J. Van der Kwaak, WPNR 6269 (1997), p. 318 l.k., voert tegen toepasselijkheid van de prioriteitsregel aan, voor het geval dat een cessie/verpanding bij voorbaat en een beslag bij voorbaat elkaar 'ontmoeten' omdat de vordering in kwestie (die is gecedeerd/verpand/beslagen) ontstaat: 'Er is volgens mij zelfs geen sprake van een probleem (...) maar van een samenvallende rechtsmomenten die 'rechtens' geenszins onverenigbaar zijn' (...). Ook elders bestrijdt hij de toepasselijkheid van de prioriteitsregel in deze; zie bijvoorbeeld WPNR 6238 (1996), p. 683 l.k., waar hij stelt (voor hetzelfde geval): 'Wat heeft art. 3:97 lid 2 BW echter met de onderhavige problematiek van doen, als art. 475h Rv een heldere oplossing daarvoor verschaft?' Zie over dit twistpunt hierna, ad 3.4.12.

<sup>102</sup>Parl. Gesch. Boek 5, p. 3, onder 4.

## TOEKOMSTIGE HUURVORDERINGEN

met de eis van art. 3:84 lid 1 BW: degene die een recht op een goed tot stand brengt moet vermogensrechtelijk kunnen beschikken over dat goed. Beschikken bij voorbaat over een toekomstig goed is echter mogelijk (art. 3:97 lid 1 BW); zijn er twee of meer van dergelijke beschikkingen, dan gaat de oudste van deze voor de jongere. Met andere woorden: ook hier wordt het moment van 'ontstaan' van het desbetreffende recht tot uitgangspunt genomen.

Worden tegen deze achtergrond opnieuw de situaties van de arresten van 1991 en 1940 geplaatst, dan blijkt opnieuw dat in 1991 het moment van hypotheekvestiging kennelijk over het hoofd is gezien. In 1940 namelijk moeten de momenten van ontstaan van het recht hebben gegolden: 'cessie van toekomstige huurvorderingen - beslag op het vruchtgebruik van het verhuurde goed - executie door de beslaglegger.'; de cessionaris krijgt voorrang boven de beslaglegger. In 1991 is de volgorde van ontstaan van de botsende rechten: 'hypotheekvestiging - verhuur - beslag bij voorbaat op toekomstige huurvorderingen - executie door de hypotheekhouder.'; niettemin krijgt de beslaglegger voorrang boven de hypotheekhouder. Onbegrijpelijk is hier, waarom het beslag-bij-voorbaat wél rang kan nemen naar het moment van beslaglegging, en het hypotheekrecht moet 'gelden' naar het moment van executie.

De verklaring moet welhaast de redenering door de Hoge Raad vanuit het huurbeding zijn en vooral: de ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW. Namelijk: de hypotheekhouder doet *bij de executie* geen beroep op het huurbeding, art. 7A:1612 BW is 'dus' van toepassing, het beslag bij voorbaat gaat boven het voordien reeds gevestigde hypotheekrecht.

### *Ad 3.4.4 t/m 3.4.6. De verwijzing naar 1940/De situaties in 1991 en 1940/Een vreemde wending van de Hoge Raad in het arrest van 1991*

In 3.4.4 t/m 3.4.6 staat de vraag centraal, hoe de Hoge Raad in 1991 met betrekking tot de toepassing van art. 7A:1612 BW kan verwijzen naar zijn arrest van 1940, alsof het in 1991 en in 1940 om gelijke situaties gaat. Mede tegen de achtergrond van het hiervoor reeds betoogde (onder 3.5.1 en ad 3.4.1 - 3.4.3), kan gesteld worden dat de gelijkenis slechts in schijn bestaat; voorts, dat zij als zodanig niet houdbaar is en tenslotte, dat zij wederom slechts is terug te voeren op de redenering door de Hoge Raad in 1991 vanuit het huurbeding, dat wil zeggen: op de ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW. Die redenering is: de hypotheekhouder doet bij de executie geen beroep op het huurbeding, art. 7A:1612 BW is van toepassing, er is nu een 'vervreemding' (door de hypotheekhouder) ná het beslag bij voorbaat, het beslag gaat vóór die latere vervreemding en daarmee óók boven het reeds gevestigde hypotheekrecht.

Alleen ook door deze denkwijze komt men uit bij de in 3.4.6 bekritiseerde - en mijns inziens evenmin houdbare en ook overbodige - beslissing van de Hoge Raad, dat de hypotheek

'(..) naar zijn aard slechts op het verhuurde goed zelf rust en niet op de vordering ter zake van de huurpenningen (..)'

### *Ad 3.4.7. Art. 7A:1612 BW en executie door de hypotheekhouder*

De oorzaak van de in 3.4.7 gerezen vragen is een denkwijze die volstrekt gelijk is aan de ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW. Immers, alleen met een benadering waarin een huurrecht voorrang heeft boven een *eerder* gevestigd hypotheekrecht komt men uit bij de door de Hoge Raad gevolgde redenering: wanneer de hypotheekhouder niet het huurbeding inroept, gaat de huurverhouding bij de executie over op de verkrijger, inclusief de 'beschikkingen' (het beslag)

die door de geëxecuteerde eigenaar/verhuurder zijn 'getroffen'. Alleen zo kan er sprake zijn van een 'vervreemding-na-beslag' en kan het beslag blijven rusten op de (ten tijde van de executie) toekomstige huurvorderingen die na de overdracht gaan ontstaan in het vermogen van de verkrijger.

Het probleem is, dat de Hoge Raad art. 7A:1612 BW in het arrest van 1991 niet aanhaalt als de 'motor' achter de overgang van de huurverhouding, inclusief de 'door de verhuurder getroffen' beschikkingen (het beslag op de toekomstige huurvorderingen). Het resultaat is echter geheel identiek aan de veronderstelde ruime werking van art. 7A:1612 BW: de koper moet de huurverhouding aanvaarden zoals hij haar aantreft, met inachtneming van de het reeds gelegde beslag op de toekomstige huurvorderingen.

Neemt men nu aan dat de Hoge Raad in dit arrest met de heersende leer<sup>103</sup> art. 7A:1612 BW ook toepasselijk acht op de executie door een hypotheekhouder, dan is het onontkoombaar dat voorbijgegaan wordt aan het feit, dat de hypotheekhouder executeert krachtens een *ouder* recht. Met andere woorden: dan is de ruime werking van art. 7A:1612 BW een gegeven. De vraag naar het waarom van die werking blijft dan over. In de hoofdstukken 8 en 9 wordt daarop nader ingegaan.

#### *Ad 3.4.8. De artikelen 3:273 BW en 505 lid 2 Rv*

Zoals hiervoor, ad 3.4.7 al is aangegeven, is de ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW een feit indien met de heersende leer wordt aangenomen, dat het artikel ook van toepassing is op de executie door een hypotheekhouder. Zou die interpretatie worden teruggebracht tot een uitleg waarin een *latere* huurverhouding *niet* tegen te werpen is aan een reeds bestaand hypotheekrecht, dan zou de in 3.4.8 besproken reeks problemen en vragen komen te vervallen. Hoe één en ander concreet uitwerkt, zal in hoofdstuk 10 worden aangegeven.

#### *Ad 3.4.9 t/m 3.4.12. De werking van art. 7A:1612 BW/Goederenrechtelijke binding?/Bevoegdheid van de hypotheekgever/Het rechtskarakter van beslag miskend?*

Ook de problematiek betreffende de situatie 'huur-na-hypotheek' die in 3.4.9 t/m 3.4.12 aan de orde komt is te herleiden tot de ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW. Indien het artikel namelijk geacht wordt ook van toepassing te zijn op een huurrecht dat tot stand komt *nadat* het te verhuren goed reeds is verhypothekend, is de hypotheekhouder bij executie van het verhypothekende verplicht om het huurrecht te respecteren. Pas dan kan de vraag gesteld worden, of de huurverhouding als geheel overgaat op de verkrijger, of dat alleen het vorderingsrecht met betrekking tot de huur overgaat, of dat er sprake zou zijn van een annexatie door het vorderingsrecht van het materiële recht op de huurpenningen.

De in 3.4.10 beschreven 'goederenrechtelijke binding' ter verklaring van de uitkomst van het arrest van 1991 bouwt eveneens voort op of is een uitvloeisel van de ruime toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW. Slechts in die ruime uitleg van het artikel is het mogelijk dat een cessie of verpanding dan wel een beslag bij voorbaat die worden gevolgd door hypothecaire executie, de hypotheekhouder binden, ook wanneer deze executeert krachtens een hypotheekrecht dat *anterieur* is (eerder gevestigd) aan de huurverhouding, de cessie, de verpanding of het beslag. Immers, een verklaring met 'goederenrechtelijke binding' is voor deze situaties eerst te geven,

<sup>103</sup>Zie het betreffende onderdeel 3.4.7.

## TOEKOMSTIGE HUURVORDERINGEN

indien het moment van executie door de hypotheekhouder als het (latere) moment van beschikken over de toekomstige huurvorderingen (ex art. 7A:1612 BW) wordt beschouwd.

Het in 3.4.11 besproken probleem rond de beschikkingsbevoegdheid van de hypotheekgever na hypotheekvestiging vloeit ook voort uit de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Alleen dan namelijk heeft de hypotheekgever het in zijn macht om na de hypotheekvestiging het alsdan bestaande hypotheekrecht aan te tasten door de niet-opeisbare burgerlijke vruchten (de huurvorderingen) te vervreemden of te verpanden. Hetzelfde geldt voor een later gelegd beslag bij voorbaat. De ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW brengt mee, dat bij executie de - ten aanzien van het hypotheekrecht *latere* - cessie/verpanding of beslag aan de hypotheekhouder kan worden tegengeworpen.

Eenzelfde oordeel geldt de in 3.4.12 weergegeven discussie. Deze kan voor wat betreft de situatie 'huur-na-hypotheek' slechts gevoerd worden in de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Namelijk, eerst indien wordt aangenomen dat een reeds gevestigd hypotheekrecht ex art. 7A:1612 BW kan worden aangetast door een latere verhuring of een latere cessie/verpanding bij voorbaat van, dan wel een beslaglegging bij voorbaat op toekomstige huurvorderingen, is er een reden voor gelijkstelling van een beslag bij voorbaat met een beschikking bij voorbaat (vergelijk de Hoge Raad in het arrest van 1991, aangehaald in 3.4.12). Eerst dan ook komt men toe aan toepasselijkheid van art. 475h Rv: de 'vervreemding-na-beslag' betreft de vervreemding door een hypotheekhouder krachtens diens, aan het beslag *anterieure* hypotheekrecht. Art. 7A:1612 BW is van toepassing, er is een 'vervreemding' als beschikkingshandeling.

### 3.6. Conclusie hoofdstuk 3

De problemen rond cessie en verpanding bij voorbaat van respectievelijk beslag bij voorbaat op toekomstige huurvorderingen *na* hypotheekvestiging, in dit hoofdstuk besproken, zijn terug te voeren op de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Dit artikel wordt in de heersende opvatting geacht ook van toepassing te zijn wanneer een hypotheekhouder executeert krachtens een hypotheekrecht, dat *vóór* het huurrecht en/of *vóór* de cessie/verpanding/beslag (bij voorbaat) tot stand kwam. Uit de analyse blijkt dat zodra zich enige moeilijkheid aandient, sprake is van deze situatie.

Ook blijkt, dat door de benadering door de Hoge Raad in de arresten van 1991 (Van Berkel/Tribosa) en 1940 (De Boer/Haskerveenpolder) vrijwel alle aandacht in wetenschap en literatuur zich richt op de uitleg van een systeem met daarin, als vanzelfsprekend 'inclusief', art. 7A:1612 BW en het huurbeding. Afgezien van een enkeling<sup>101</sup> komt men in het geheel niet toe aan de oorzaak van de uitlegproblemen. De vraag óf het verbod tot vervreemding of verpanding van huurvorderingen (in breder verband: het huurbeding) wel nodig is of dat het juist (mede) voor de verwarring zorgt, is in de 'hectiek' van het rechtsleven kennelijk niet aan de orde. Ook ondergeschoven in de commentaren is de vraag, hoe een cessie of verpanding bij voorbaat van of een beslag bij voorbaat op toekomstige huurvorderingen zich verhoudt tot eerdere goederenrechtelijke rechten, zoals een reeds gevestigd hypotheekrecht. Aan de 'basis-incongruentie', zijnde het feit dat art. 7A:1612 BW in de heersende opvatting ook een *latere* huurverhouding inroepbaar doet zijn jegens een bestaand hypotheekrecht, wordt volstrekt voorbijgegaan. In de hoofdstukken 8 en 9 zal blijken, dat voor deze ruime uitleg geen rechtvaardiging is aan te

<sup>101</sup>Bijvoorbeeld A.R. de Bruijn, RM Themis 1961, p. 112-118; Roes, diss., p. 94-109.

voeren. In het belang van de huurder (bescherming van diens woonbelang) is deze in ieder geval niet. Is het door hem gehuurde namelijk op het moment van totstandkoming van de huur al verhypothecerd, dan zal er vrijwel altijd sprake zijn van een door de hypotheekhouder gemaakt huurbeding. Alleen al op grond daarvan is de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW niet zinvol: de huurder kan immers toch ieder moment met een ontruiming geconfronteerd worden. Verwerpelijk wordt de uitleg zelfs indien onder ogen wordt gezien, dat hierdoor een huurbeding noodzakelijk wordt, terwijl dit huurbeding is omgeven met problemen en complicaties en daarmee met rechtsonzekerheid voor alle betrokken partijen. In hoofdstuk 10 wordt dan ook uitgewerkt hoe de rechtswerkelijkheid er uit kan zien, indien de ruime uitleg wordt verlaten en art. 7A:1612 BW beperkt wordt uitgelegd (art. 7A:1612 BW wordt dan geacht niet van toepassing te zijn op de situatie 'huur-na-hypothec'). Reeds kan worden vermeld, dat in die beperkte uitleg niet aan de moeilijkheden zoals ook in dit derde hoofdstuk beschreven, wordt toegekomen. In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW wordt op eenvoudige wijze het resultaat bereikt dat de wetgever met de huidige huurbedingregeling heeft voorgestaan: evenwicht tussen en rechtszekerheid voor huurder en hypotheekhouder. Dat resultaat wordt thans echter, met en door die huidige regeling, ernstig gefrustreerd.



## 4. Inroeping van het huurbeding

### 4.1. Inleiding

De 'inroeping' van het huurbeding is kortdaat beschreven in art. 3:264 BW. Toch moeten er bij de betekenis van die 'inroeping' de nodige vraagtekens geplaatst worden. Zo is de inroepingsprocedure ingewikkeld en onduidelijk (paragraaf 4.2), is het niet steeds helder wie 'de koper' is in art. 3:264 lid 1 BW (paragraaf 4.3), blijft de herkomst van het recht van de koper om ontruiming te vorderen in sommige gevallen een dogmatisch raadsel (paragraaf 4.4) en is het de vraag of inroeping van het huurbeding verplicht kan zijn (paragraaf 4.5). In de betreffende analyses van de genoemde problemen (respectievelijk de paragrafen 4.2.2, 4.3.2, 4.4.2 en 4.5.2) komt naar voren, dat de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW de oorzaak is van de vragen en onduidelijkheden. Indien dit artikel toepasselijk wordt geacht op de situatie 'huur-na-hypothek', is een hypotheekhouder in beginsel gehouden een ná de hypotheekvestiging verleend huurrecht te respecteren. Indien hij *daarom* bij executie een huurbeding inroept (mits hij dit bij de hypotheekvestiging in de hypotheekakte heeft doen opnemen), zijn de in dit hoofdstuk geschetste complicaties een feit. Het geheel wordt besloten met een conclusie (paragraaf 4.6).

### 4.2. De ingewikkelde inroepingsprocedure van art. 3:264 BW

#### 4.2.1. Problematiek

Art. 3:264 BW lid 1 BW spreekt van 'inroeping' van het huurbeding door zowel de hypotheekhouder als de koper. De 'inroeping' kent een ingewikkelde procedure, die niet steeds helder is.<sup>1</sup> Vooral onduidelijk is, welke lading de term 'inroeping' zelf dekt.<sup>2</sup> Bezieet men de de wijze waarop de inroeping door de wetgever is gedacht, dan kan 'inroeping' worden begrepen als:

- het letterlijke inroepen in de zin van art. 3:264 lid 5 BW, inhoudende: een beroep op het huurbeding doen in de veilingvoorwaarden (inroepen eerst mogelijk na verkregen verlof van de president van de rechtbank);
- een overkoepelende aanduiding voor diverse handelingen van de hypotheekhouder en/of de koper. In deze zin kan 'inroeping' zien op aanduiding van het gehele traject, van het exploit van aanzegging van de executie, via het beroep in de veilingvoorwaarden tot en met de ontruiming van de huurder (lid 1);
- het beroep door de koper op het huurbeding: 'de uitoefening daarvan' (art. 3:264 lid 1 BW) slaat grammaticaal terug op 'deze bevoegdheid', zijnde de bevoegdheid tot inroepen, die 'op het tijdstip van de verkoop nog aan de hypotheekhouder toekwam'.

De gehele procedure van 'inroeping' is te vinden in art. 3:264 BW en de artikelen 544 en 549

<sup>1</sup>Zie bijv. J.C. van Straaten, *De Notarisklerk* 1993, nr. 1305, p. 116-119; nr. 1306, p. 140-142; nr. 1307, p. 164-166.

<sup>2</sup>Zie voor het huidige recht het schema bij Van Ingen/ Jongbloed/Van Haften (1998), bijlage A.2, alsmede de uitgebreide beschrijvingen van de verschillende handelingen, benodigd voor een (onderhandse) executie (hfst. 3 t/m 7). Zie voor de onder het oude recht levende, nog ingewikkelder vraag of de koper een beroep kon doen op het onverbindend zijn van de huurovereenkomst, (de literatuur genoemd bij) de conclusie van A-G Ten Kate vóór, en de annotaties onder HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 (WMK) en AA XXV (1976) (G), p. 536-542 (Albers/Assmann en Donck); Asser-Van Oven *Zakenrecht III* (1978), p. 179-182; Mijnsen (1992), p. 20-26.

## INROEPING VAN HET HUURBEDING

Rv. Bestudering hiervan levert het volgende beeld op.

Voor *inroeping door de hypotheekhouder* is vereist<sup>3</sup>:

-in het algemeen: een exploit of aanzegging of overnemings van de executie (art. 3:264 lid 2 BW), gericht aan

‘de hypotheekgever, de schuldenaar en hen van wier recht of beslag uit de registers blijkt en wier recht door de executoriale verkoop zal tenietgaan of vervallen’ (art. 544 Rv);

-in het bijzonder: verzoek tot inroeping van de president van de rechtbank, namelijk indien

‘(.) een beroep op het beding tot gevolg zal hebben dat de huurder van woonruimte, waarop de artikelen 1623a-1623f van Boek 7A van toepassing zijn, moet ontruimen, (.)’ (art. 3:264 lid 5 BW).

Dit verzoek moet worden verzocht door de hypotheekhouder (art. 3:264 lid 5 BW). Bij het verzoekschrift dient ingevolge art. 549 lid 1 Rv te worden overgelegd een exploit dat tenminste één maand eerder is uitgebracht aan de (onder-) huurder en waarbij

a. de aanzegging of overnemings van de executie zoals bedoeld in art. 544 Rv is betekend en

b. wordt aangezegd dat het beding jegens de huurder zal worden ingeroepen;

-in alle gevallen: de inroeping zelf in de veilingvoorwaarden.

Uit het vorenstaande wordt niet duidelijk of ‘inroeping’ mede de bedoelde exploit en het verzoeken van het verzoek omvat. Dat zulks van belang is, blijkt uit art. 549 Rv. Uit dit artikel (‘zal worden ingeroepen’) kan wellicht worden afgeleid, dat ‘inroeping’ pas het derde station is, na de haltes ‘exploit’ en ‘verzoek’.<sup>4</sup>

De betekenis en inhoud van ‘inroeping’ worden niet helderder wanneer de volgende stop, de ontruiming, in het verhaal betrokken wordt.

*Ontruiming van de huurder door de hypotheekhouder* kan volgen:

-indien het één woonruimte als bedoeld in art. 7A:1623a-1623f BW betreft (vgl. lid 5 van art. 3:264 BW): nadat de hypotheekhouder daartoe een afzonderlijke executoriale titel heeft verkregen. De huurder is immers geen partij bij de hypotheekakte op grond waarvan het verhuurde goed wordt uitgewonnen, noch is hij de ‘geëxecuteerde’ in de zin van art. 525 lid 3 Rv, luidende:

---

<sup>3</sup> Vgl. over één en ander ook Van Ingen/Jongbloed/Van Haften (1998), hoofdstuk 3 t/m 7 en bijlage A.2; Albers-Dingemans (1998), p. 17, 20-24; Dozy/Jacobs (1999), p. 141-145.

<sup>4</sup> Vgl. ook M.J.W. van Ingen, WPNR 6193 (1995), p. 593, die stelt: ‘Hoe kan de hypotheekhouder immers de voorwaarden waarop wordt verkocht vaststellen indien hij niet zeker is of hij de koper de garantie kan geven dat - desgewenst - ontruimd kan worden, hetgeen immers ruimschoots van tevoren dient vast te staan in verband met een eventuele onderhandse executie (..). In deze zin bijv. ook Rb. Dordrecht 20 april 1995, NJ 1995, 603. Zie tevens Van Ingen/Jongbloed/Van Haften (1998), p. 91-92, 114-115. Zie over ‘exploit en verzoek’ uitgebreid Handboek Huurrecht, (Dozy), Art. 1584, aant. 15f; Dozy/Jacobs (1999), p. 144-147.

De geëxecuteerde zal op enkel vertoon van het proces-verbaal tot ontruiming worden genoodzaakt op de wijze bepaald bij de artikelen 556 en 557.<sup>5</sup>

Ook onder het oude recht was voor ontruiming van de huurder een afzonderlijke executorialie titel nodig<sup>6</sup>;

-indien het wél woonruimte als bedoeld in art. 7A:1623a-1623f BW betreft: met de executorialie titel die wordt verkregen doordat de president van de rechtbank, wanneer hij het verlot tot inroeping verleent, de huurders en onderhuurders tevens tot ontruiming veroordeelt (art. 3:264 lid 6 BW).

Verwarrend bij dit laatste is, dat enerzijds de hypotheekhouder pas kan inroepen - beroep doen op het beding in de veilingvoorwaarden - nádat hij verlot daartoe (' tot inroepen') heeft verkregen (zie lid 5 van art. 3:264 BW), maar dat anderzijds de president bij het verlenen van dat verlot reeds veroordeelt tot ontruiming. De veroordeling tot ontruiming gaat daarmee aan het feitelijke inroepen vooraf. Dit roept de vraag in het leven, of de ontruiming een gevolg is van de inroeping - dan zijn er twee begrippen, inroeping en ontruiming -, of juist tot die inroeping behoort.

*Inroeping door de koper* is volgens art. 3:264 lid 1 BW slechts mogelijk 'na de uitwinning' en bovendien slechts

'(...) voor zover deze bevoegdheid op het tijdstip van de verkoop nog aan de hypotheekhouder toekwam en deze de uitoefening daarvan blijktens de verkoopvoorwaarden aan de koper overlaat.'

De vraag is hier wie de 'inroeping' verricht: de hypotheekhouder, de koper, of beiden?

Op 'inroeping door de koper alleen' wijst de tekst van art. 3:264 lid 1 BW: 'de uitoefening daarvan' in dit artikellid slaat terug op de bevoegdheid tot inroeping. Deze bevoegdheid laat de hypotheekhouder over aan de koper. Tegelijkertijd is 'inroeping' slechts mogelijk 'na de uitwinning'. Uit diezelfde tekst en vooral uit de jurisprudentie en de betreffende wetsgeschiedenis vloeit echter voort, dat uitdrukkelijk bedoeld is de koper slechts een van de hypotheekhouder afgeleide bevoegdheid tot 'inroeping' te geven.<sup>7 8</sup> Vóórdat de koper tot zijn 'inroeping' kan

<sup>5</sup>Vgl. in deze zin MvA II Inv. ad art. 3:264, Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1361. Zie voorts De Bruijn/Kraan (1992), p. 39 e.v.; Van Ingen/Jongbloed/Van Haften (1998), p. 129-130.

<sup>6</sup>Zie hierover bijvoorbeeld P. Rodenburg, Prg. 1981/18, p. 483-485; P. Ingelse, NJB 1982/3, p. 65-74; P. Ingelse, NJB 1983/1, p. 15-16; M.J.O.M. de Haas, WPNR 5693 (1984), p. 234, met reactie van P. Rodenburg en J.W.M. Russell in WPNR 5705 (1984), p. 439-440. Zie voorts uitgebreid A.J.H. Pleysier, Gron. Opm. en Meded. III (1986), p. 19-37. Vgl. voorts Pres. Rb. Zwolle (k.g.) 27 juli 1982, RvdW/KG 1982, 138; Pres. Rb. 's-Gravenhage (k.g.) 12 februari 1985, KG 1985, 67; Hof 's-Gravenhage 5 november 1986, KG 1987, 105, alsmede (het literatuur- en rechtspraakoverzicht bij) J. de M., Sociaal recht 1989-9, p. 249 en Mon. Nieuw BW B-12b (Huijgen), p. 60.

<sup>7</sup>De vraag of ook aan de koper een beroep op het huurbeding diende toe te komen, werd door de Hoge Raad in deze zin (een afgeleide bevoegdheid van de koper) beantwoord: HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 m.n. WMK, AA XXV (1976) m.n. G., p. 536-542 (Albers/Assmann en Donck). A.J.H. Pleysier, Gron. Opm. en Meded. III (1986), p. 33, noot 57 stelt, dat de regeling in art. 3:9.4.8 lid 1 NBW (het huidige art. 3:264 lid 1 BW) een cessie van de inroepingsbevoegdheid inhoudt. Toetst men de door de hypotheekhouder te verrichten handelingen (hieronder opgenoemd) aan de eisen die het huidige art. 3:94 BW aan een cessie stelt (akte en mededeling aan de debitor cessus), dan is de cessiefiguur zeker toepasbaar. De vraag, wie nu eigenlijk de inroeping verricht, kan de cessiegedachte echter niet beantwoorden: de door de hypotheekhouder te verrichten handelingen zijn moeilijk te kwalificeren als

## INROEPING VAN HET HUURBEDING

overgaan, dient de hypotheekhouder de volgende handelingen te hebben verricht:

- uitbrengen van het in art. 544 Rv bedoelde exploit van aanzegging of overneming (aldus lid 2 van art. 3:264 BW);
  - eventueel, indien het gaat om woonruimte als bedoeld in art. 3:264 lid 5 BW: uitbrengen van het in art. 549 lid 1 Rv bedoelde exploit aan de (onder-)huurder, waarbij de hypotheekhouder deze(n) aanzegt, dat het huurbeding zal worden ingeroepen;
  - eventueel, indien het gaat om woonruimte als bedoeld in art. 3:264 lid 5 BW: verzoeken verlot tot inroeping aan de president van de rechtbank (aldus dit vijfde lid van art. 3:264 BW);
  - een feitelijk beroep op het huurbeding in de veilingvoorwaarden, met overlating van de uitoefening van de bevoegdheid tot inroeping aan de koper (art. 3:264 lid 1 BW).
- Aan de koper is de bevoegdheid tot het verrichten van deze handelingen uitdrukkelijk onthouden.<sup>9</sup>

Het geheel overziende kan men uit de genoemde artikelen afleiden, dat het volgende bedoeld is: de hypotheekhouder verricht zelf de voorbereidende handelingen, vereist voor de inroeping ('inroeping' in overkoepelende zin), maar hij geeft daarbij aan dat hij de bevoegdheid tot de uitoefening van de 'inroeping' aan de (dan nog onbekende) koper zal overlating. Bij dit voorbereidende werk van de hypotheekhouder sluit art. 549 lid 3 Rv dan aan, huidende:

'Indien het onderpand met overlating aan de koper van de bevoegdheid het beding in te roepen wordt verkocht, gaan ook de rechten uit de beschikking waarbij het verlot is verleend, op de koper over.'

De conclusie moet zijn, dat de drie mogelijke betekenissen van 'inroeping', aan het begin van dit onderdeel gegeven, alle van toepassing zijn wanneer het de koper is die de 'inroeping' (die door de hypotheekhouder is voorbereid) zelfstandig uitoefent: er is 'inroeping' in de zin van een beroep op het huurbeding in de veilingvoorwaarden (betekenis 1), er is 'inroeping' als aanduiding van het gehele traject (betekenis 2) en er is 'inroeping' in de zin van de bevoegdheid tot inroepen, die 'op het tijdstip van de verkoop nog aan de hypotheekhouder toekwam.' (art. 3:264 lid 1 BW). Bij dit alles komt, dat er hier sprake is van een 'afgeleide' inroeping.

---

slechts die handelingen, die nodig zijn om het recht op inroeping aan de koper over te dragen. Anders gezegd: beiden, zowel de hypotheekhouder als de koper, moeten aan de 'inroeping' deelnemen.

<sup>9</sup>In een eerdere versie van art. 3:9.4.8. (art. 3:264 BW) werd aan de koper een zelfstandig recht op inroeping toegekend (een zelfstandige bevoegdheid om aan de president van de rechtbank verlot tot inroeping van het huurbeding te vragen). Later is dit recht weer vervallen. Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1356 en 1365, en hierover: W. Heuff, in: 85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken (1991), p. 119-120, en M.J.W. van Ingen, WPNR 6193 (1995), p. 592. Beide schrijvers betogen dat een dergelijke bevoegdheid van de koper tot absurde gevolgen zou leiden, omdat de koper met een onzekere uitspraak van de president rekening zou moeten gaan houden bij zijn uit te brengen bod op het goed. Zie voorts, met verdere literatuur, M. Tratnik en R.F.H. Mertens, Kw.ber. Nieuw BW 1988/2, p. 46-51.

<sup>10</sup>Zo het verrichten ervan al een reële mogelijkheid zou zijn; zie het relaas van Heuff en Van Ingen in de vorige noot. Zie voor de strijdvraag onder het oude recht of aan de koper een beroep op het huurbeding moet toekomen de hiervoor, in noot 2 genoemde literatuur. In het kader van deze vraag, die aan de huidige redactie van art. 3:264 BW voorafging, betoogt bijv. H.A. Eussen, WPNR 3575 (1938), p. 313: 'De crediteur is de eenige, die zich op het beding kan beroepen; de koper heeft er geen behoefte aan. Evenmin bestaat er voor den rechter eenige reden, hem te "helpen", en de wenschelijkheid om hem de betwiste bevoegdheid te geven, waarover volgens Eggens iedereen het eens is, lijkt me niet aanwezig.'

De *ontruiming door de koper*, of beter: de bevoegdheid van de koper tot ontruiming van de huurder, is direct terug te voeren op art. 549 lid 3 Rv (hierboven weergegeven), althans voor zover het woonruimte betreft in de zin van art. 7A:1623a-1623f BW. In het geval dat het niet om dergelijke woonruimte gaat, is de grondslag voor de ontruimingsbevoegdheid van de koper niet duidelijk (zie nader hieronder, 4.4).

#### 4.2.2. Analyse

De ingewikkeldheid van de inroepingsprocedure van art. 3:264 BW komt op het eerste gezicht voort uit het lofwaardige streven door de wetgever naar een evenwichtige regeling rond het huurbeding. In de lange ontstaansgeschiedenis van het artikel namelijk krijgt niet alleen een grotere bescherming voor de huurder (ten opzichte van art. 1230 Oud BW) veel aandacht, maar staat ook centraal een afweging van de verschillende belangen van de bij deze problematiek betrokken partijen.<sup>10</sup>

Toch hebben dit streven en de daaruit ontstane 'fijnmazigheid' van art. 3:264 BW de onbalans in de inroepingsproblematiek niet kunnen wegnemen. Zulks blijkt niet alleen uit de hier besproken onduidelijkheden. Het wordt vooral duidelijk, indien de - dieper liggende - oorzaak van de problematiek wordt opgespoord. Dit kan het beste geschieden door de ontwikkeling vanuit het recht van vóór 1992 te schetsen.

Onder het oude recht was er sprake van de nodige verdeeldheid: 'zeer omstreden'<sup>11</sup> heette de vraag te zijn, of ook de koper een beroep kon doen op het onverbindend zijn van de huurovereenkomst.<sup>12</sup> Het antwoord dat uiteindelijk op de vraag werd gegeven, lijkt op het eerste gezicht slechts te hebben afgehangen van het antwoord op een andere vraag, namelijk: is de hypotheekhouder bij de executie een vertegenwoordiger van de eigenaar van het goed (mandaatsleer), of verkoopt en levert hij het goed krachtens een eigen recht (executieleer)?<sup>13</sup> In het eerste geval werd aan de koper een beroep op het onverbindend zijn van de huurovereenkomst ontzegd; immers, hij kreeg de rechten van de hypotheekgever overgedragen, niet van de hypotheekhouder. In de executieleer verkreeg de koper wél van de hypotheekhouder.

Met het aanvaarden van die leer<sup>14</sup> leek de problematiek grotendeels ondervangen te kunnen worden: waar de hypotheekhouder een beroep op het onverbindend zijn van de huurovereenkomst toekwam, moest, om recht te doen aan deze bevoegdheid, ook de koper zich op dat onverbindend zijn kunnen beroepen.<sup>15</sup> Daartoe was wel vereist, zo bepaalde de Hoge Raad in 1976, dat eerst de hypotheekhouder zich op de onverbindendheid zou beroepen.<sup>16</sup> Het aldus geformuleerde voorafgaande beroep op het huurbeding is opgenomen in het huidige art. 3:264 lid 1 BW, en wel als eis voor een beroep van de koper op het huurbeding. De kwestie lijkt aldus te zijn opgelost. Wat resteert, zo lijkt het, zijn de hier beschreven onduidelijkheden rond

<sup>10</sup>Zie hoofdstuk 1, par. 1.4.3.

<sup>11</sup>Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 180.

<sup>12</sup>Zie, behalve Asser-Van Oven Zakenrecht III, a.w., p. 179-182, Mijnsen (1992), p. 19-26.

<sup>13</sup>Vgl. Mijnsen, a.w., p. 23-24. Zie ook Van der Kwaak, diss., p. 79-97.

<sup>14</sup>Waarschijnlijk bij HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 m.n. WMK, AA XXV, p. 536 m.n. G. (Albers/- Assmann en Donck).

<sup>15</sup>Zie Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 263, p. 247, eerste alinea.

<sup>16</sup>NJ 1977, 150.

## INROEPING VAN HET HUURBEDING

de oproeping van dat huidige art. 3:264 lid 1 BW.

In werkelijkheid is het probleem slechts ten dele weggenomen. In de eerste plaats, omdat het resultaat via een omweg bereikt wordt (het voorafgaande beroep door de hypotheekhouder): ook in de executieer wordt niet aangenomen, dat de rechten van de hypotheekhouder overgaan op de koper.<sup>17</sup> In de tweede plaats, en veel belangrijker, omdat de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW ten grondslag ligt aan het oordeel van de Hoge Raad in het arrest van 1976. Het college redeneert namelijk vanuit de strekking van het huurbeding:

“(.) dat de strekking van art. 1230 B.W. - zijnde te voorkomen dat als gevolg van het bestaan van de waarde van het onroerend goed drukkende huurovereenkomsten de opbrengst bij verkoop niet voldoende is om verhaal te bieden voor hetgeen de hypotheekhouder heeft te vorderen - medebrengt dat dan ook de koper, eigenaar geworden, jegens de huurder - indien die koper dit wenst - op het niet verbindend zijn van de met het huurbeding strijdige huurovereenkomst een beroep kan doen en jegens die huurder ontruiming van het onroerend goed kan vorderen.”<sup>18</sup>

De redenering laat zien, dat de ware oorzaak van de vraag ‘Komt de koper een beroep toe op het onverbindend zijn van de huurovereenkomst’, ligt in de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Namelijk, alleen in die uitleg wordt de hypotheekhouder verplicht geacht om een huurrecht dat ná de hypotheekvestiging wordt verleend, te respecteren en alleen dan bestaat er voor de hypotheekhouder behoefte aan een huurbeding.

Als voorloper van de oproepingsregeling van art. 3:264 lid 1 BW toont de redenering ook aan, dat de onduidelijke en ingewikkelde oproepingsprocedure van art. 3:264 lid 1 BW eveneens voortkomt uit de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Met andere woorden, bij art. 3:264 BW is sprake van een afgeleide problematiek, ofwel van symptoombestrijding. De echte oorzaak ligt een fase eerder, in de genoemde ruime uitleg van art. 7A:1612 BW.

### 4.3. Wie is ‘de koper’ in art. 3:264 lid 1 BW?

#### 4.3.1. Problematiek

---

<sup>17</sup>Zoals Mijnsen (1992), p. 24 (terecht) opmerkt.

<sup>18</sup>NJ 1977, 150.

Kort voor de invoering van het huidige BW in 1992 bleek, dat de hierboven beschreven rechtsleer omtrent inroeping van het huurbeding door 'de koper' nadere invulling behoefde: kon een koper, die in een veiling 'economisch eigenaar' was geworden, tot inroeping overgaan of was zulks alleen voorbehouden aan een veilingkoper die juridische eigendom had verkregen? De Hoge Raad oordeelde in laatstgenoemde zin<sup>19</sup>: inroeping staat enkel open voor de veilingkoper *die ook eigenaar is geworden*. Aan een latere koper (de koper van de veilingkoper/economisch eigenaar) komt geen beroep op art. 3:264 lid 1 BW toe.

De beslissing van de Hoge Raad werd in fiscale zin ingehaald door de wetgever, die in 1995 de verkrijging van 'economische eigendom' onder de werking van de Wet Belastingen van Rechtsverkeer (regelende de heffing van overdrachtsbelasting) bracht.<sup>20</sup> Een dergelijke verkrijging bij een veilingkoop - waarbij de veilingkoper geen juridisch eigenaar wordt, maar er na verloop van tijd rechtstreeks juridisch geleverd wordt aan een andere dan de veilingkoper - is sindsdien minder aantrekkelijk geworden als middel ter vermijding van overdrachtsbelasting. Helemaal verleden tijd zal de 'economische eigendom' vooralsnog echter niet zijn.<sup>21</sup>

In civielrechtelijke zin komt de uitspraak van de Hoge Raad in samenhang met de wijziging in de heffing van de overdrachtsbelasting erop neer, dat een hypotheekhouder eerder dan voorheen (vóór 31 maart 1995) de keuze zal moeten maken of hij het goed in verhuurde dan wel in onverhuurde staat in veiling brengt (ter verkoop aanbiedt). Stel namelijk, dat hij die keuze nog niet wil maken, bijvoorbeeld omdat zich op de veilingdag nog geen serieuze belangstellende voor het goed heeft gemeld. Hij zal dan het goed eerst zelf willen inkopen (via een 'stropendochter') om het later (opnieuw) te kunnen verkopen aan een eventuele gegadigde. Vóór de uitspraak van de Hoge Raad leek het erop, dat de hypotheekhouder de keuze 'verhuurd of onverhuurd' kon uitstellen door in de veilingvoorwaarden de 'inroeping' van het huurbeding op de voet van art. 3:264 lid 1 BW over te laten aan 'de koper' (de latere koper aan wie juridisch geleverd zal worden) en vervolgens 'economisch eigenaar' te worden. De Hoge Raad heeft deze toepassingsmogelijkheid van art. 3:264 lid 1 BW echter aan de hypotheekhouder ontnomen: 'inroeping' is slechts mogelijk door de *veilingkoper* die juridisch eigenaar is geworden.

Omtrent de uitspraak van de Hoge Raad zijn twee visies mogelijk: men kan haar zien als een nadere en beperkende invulling van het begrip 'de koper', een invulling die niet in art. 3:264 lid 1 BW is opgenomen, maar die geacht moet worden onverminderd op de thans geldende regeling van toepassing te zijn.<sup>22</sup> Een andere visie is deze: uit het feit dat 'de koper' in

<sup>19</sup>HR 3 februari 1989, NJ 1990, 249 m.n. WMK (Pirouette/Broekmeulen). In deze richting wijst ook reeds HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 m.n. WMK, AA XXV (1976) m.n. G., p. 536-542 (Albers/Assmann en Donck): '(...) dat dan ook de koper, eigenaar geworden, jegens de huurder op het niet verbindend zijn van de met het huurbeding strijdige huurovereenkomst een beroep kan doen (...)'. Zie over het arrest Pirouette/Broekmeulen bijv. A.J.H. Pleyzier, *De Notaris* 1989, nummer 1254, p. 53-54; *Dezelle*, Bb 18 april 1989/nr. 8, p. 80-81; A.A. van Velten, *Kw.ber. Nieuw BW 1990/1*, p. 24-25. Zie voor een toepassing van het arrest bijv. *Pres. Rb. Amsterdam* (k.g.) 11 maart 1993, KG 1993, 153.

<sup>20</sup>Wet van 18 december 1995, Stb. 659, terugwerkende tot 31 maart 1995 18.00 uur); zie hierover uitgebreid *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, Belastingen van Rechtsverkeer en Registratiewet*, bewerkt door H.S.A. van Gils, Art. 2 BRV, aant. 2 t/m 3A.

<sup>21</sup>Zie het in de vorige noot aangehaalde werk, waarin aan de hand van enkele voorbeelden opgemerkt wordt (art. 2, aantek. 3A, p. 30-32, dat gepoogd wordt ook op andere wijze aan de nieuwe regels te ontkomen. Zie in deze zin, met voorbeelden ook L. Wolfsbergen, *WPNR 6287* (1997), p. 702-703.

<sup>22</sup>In deze richting gaat bijvoorbeeld M.J.W. van Ingen, *WPNR 6193* (1995), p. 591.

## INROEPING VAN HET HUURBEDING

art. 3:264 lid 1 BW in één adem wordt genoemd met de 'uitwinning van het bezwaarde goed' en met een overlaten in de 'verkoopvoorwaarden' van de inroepingsbevoegdheid aan de koper, zou afgeleid kunnen worden dat de Hoge Raad in 1989 reeds oordeelde 'in lijn met het komende recht'.<sup>23</sup> In het laatste geval zou de beperkende uitleg van het begrip 'de koper' uit het wetsartikel zelf voortvloeien.

Wat er zij van deze zienswijzen, met de beperking door de Hoge Raad lijkt de door de wetgever voorgestane beschermende werking van het huurbeding, zijnde handhaving van de waarde van het zekerheidsobject, te zijn uitgeschakeld zodra de hypotheekhouder in een slechte woningmarkt het pand eerst zelf wil of moet inkopen.<sup>24</sup> Het valt te betwijfelen of een dergelijke werking of uitleg van het huurbeding, laat staan de verwarring daaromtrent, is voorzien en beoogd door de wetgever, toen deze hypotheekhouders voor schade wilde waarborgen,

'(.) waaraan zij, volgens de dagelijksche ondervinding, maar al te zeer zijn blootgesteld.'<sup>25</sup>

### 4.3.2. Analyse

De analyse van het bovenstaande vindt plaats in de volgende paragraaf, zulks vanwege de onderlinge samenhang met het aldaar besprokene.

## 4.4. De herkomst van het recht van de koper om ontruiming te vorderen

### 4.4.1. Problematiek

De artikelen 3:264 BW en 544 en 549 Rv geven voor het huidige recht de voorwaarden aan waaronder de hypotheekhouder en/of de koper het huurbeding kunnen inroepen. Uit art. 549 lid 3 Rv vloeit voort, dat wanneer het onderpand door de hypotheekhouder wordt verkocht met overlating aan de koper van de bevoegdheid het beding in te roepen, de rechten uit de beschikking waarbij het verlot is verleend, op de koper overgaan. In verband met art. 3:264 lid 6 BW leidt dit tot de conclusie, dat het recht op ontruiming van de koper rechtstreeks op de wet is gebaseerd. Art. 3:264 lid 6 BW bepaalt, kort gezegd, dat de president bij de verlening van het verlot tot inroeping aan de hypotheekhouder tevens de huurders tot ontruiming veroordeelt.

---

<sup>23</sup>Aldus A.A. van Velten, Kw.ber. Nieuw BW 1990/1, p. 24-25.

<sup>24</sup>Albers-Dingemans (1998), p. 24 wijst er overigens op, dat één en ander uitzondering lijdt bij een akte de command: 'Indien een bieder binnen 6 dagen na de gunning verklaart namens een ander een bod te hebben uitgebracht, hetgeen door de ander schriftelijk wordt bevestigd, treedt de ander in de rechten en de verplichtingen krachtens de veiling (art. 5 lid 3 AVV en AVVE). In dat geval heeft de ander het recht het beding in te roepen.' De benadering door de Hoge Raad kan voor de huurder een gunstige zijn, omdat deze binnen een redelijke termijn duidelijkheid moet hebben omtrent een eventuele ontruiming, vgl. A.A. van Velten, Kw.ber. Nieuw BW 1990/1, p. 24-25.

<sup>25</sup>Hand. II 1832-1833 (Bijl.), p. 590. Het huidige artikel 3:264 BW wordt geacht een voortzetting te zijn van het oude art. 1230; zie hiervoor, hoofdstuk 1, par. 1.4.3.



*Met betrekking tot de woonruimte ex art. 7A:1623a-1623f* is hiermee de (Oud-BW-) problematiek omtrent de ontruiming ondervangen. Deze kwam neer op twee vragen: kan de hypotheekhouder het verhuurde pand nog ontruimen ná de veiling, wanneer zijn hypotheekrecht is 'uitgewerkt', en: mag de koper/nieuwe eigenaar de ontruiming bewerkstelligen en zo ja, op grond waarvan? Op de tweede vraag, in 1989 door Abas opgeworpen<sup>26</sup>, zijn wellicht verschillende antwoorden mogelijk: zelfstandig recht, uitvloeisel van het recht op inroeping<sup>27</sup>, recht verkregen door cessie.<sup>28</sup>

*Met betrekking tot niet-woonruimte* zoals hierboven bedoeld<sup>29</sup> gelden de twee vragen echter onverkort.

Vragen van 'samenloop' tussen de regeling voor woonruimte en die voor niet-woonruimte (in de zin van art. 7A:1623a-1623f BW) kunnen zich bovendien voordoen, wanneer een gecombineerde woon-/bedrijfsruimte moet worden geëxecuteerd. Indien beide ruimten zijn verhuurd in strijd met het huurbeding, is het bijvoorbeeld de vraag:

- of de bedrijfsruimte al ontruimd kan zijn, wanneer de (zwaardere) procedure voor de woonruimte nog in volle gang is;
- of, wanneer in dat geval de waarde van het goed reeds zodanig is gestegen, de president van de rechtbank met die waardestijging rekening mag of moet houden: hij zou kunnen besluiten de huurovereenkomst met betrekking tot de woonruimte in stand te laten, omdat met de verkoop een 'kennelijk voldoende opbrengst' wordt verkregen (vgl. art. 3:264 lid 6 BW).<sup>30</sup>

#### 4.4.2. Analyse 4.3 en 4.4

In paragraaf 4.3 bleek, dat de Hoge Raad het begrip 'de koper' in art. 3:264 BW nader heeft afgebakend. Inroeping van het huurbeding 'door de koper' staat alleen open voor de veilingkoper die juridisch eigenaar is geworden. In paragraaf 4.4 werden vragen rond de ontruiming

<sup>26</sup>P. Abas, WPNR 5928 (1989), p. 506-507, mede naar aanleiding van het geding dat - ook over deze vraag - speelde in HR 3 februari 1989, NJ 1990, 249 m.n. WMK (Pirouette/Broekmeulen).

<sup>27</sup>Zie in deze zin bijv. Asser-Van Velten Zakenrecht III (1986), nr. 282.

<sup>28</sup>R.A. Dozy, WPNR 5967 (1990), p. 429-434, alwaar ook verdere literatuurverwijzing. Zie over deze materie bijv. ook reeds Asser-Scholten, Tweede deel - Zakenrecht (1913), p. 415-416; Meijers, WPNR 2840 (1940), p. 285-287; Van Brakel, WPNR 3554 (1938), p. 66-68 en WPNR 3171 (1930), p. 559-601, WPNR 3172 (1930), p. 615-618; Eggens, VPO I, p. 457; W.M. Kleijn, noot onder HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 (Albers/Assmann en Donck). Vgl. ook het hiervoor, in noot 7 over 'de cessieleer' opgemerkte. Zie voorts de antwoorden, gegeven op de vraag van Abas door W. Heuff, WPNR 5928 (1989), p. 507 en J.B.M. Roes, WPNR 5987 (1991), p. 4-5, met naschrift van P. Abas, a.w., p., alsmede A. Bockwinkel, WPNR 5910 (1989), p. 187 m.k. en A.C. Wibbens-De Jong, WPNR 6062 (1992), p. 669-670.

<sup>29</sup>Zie over de vraag welke woonruimte in deze categorie valt Handboek Huurrecht, (Dozy), Art. 1584, aant. 15f; Dozy/Jacobs (1999), p. 144-145.

<sup>30</sup>C.A. Adriaansens, BR 1995/2, p. 107 is van mening dat de verlobbeslissing van de president waarschijnlijk niet afhankelijk gemaakt zal worden van de opbrengst van de onroerend-goedportefeuille als geheel, omdat art. 553 Rv bepaalt, dat ontruimende huurders alleen aanspraak kunnen maken op de netto-opbrengst voorzover die aan hun woningen kan worden toegerekend. M.J.W. van Ingen, WPNR 6193 (1995), p. 593 r.k. trekt deze veronderstelling in twijfel, omdat de regel van art. 553 Rv de verdeling van de opbrengst betreft. Hij betoogt dat de president de situatie moet beschouwen zoals die bestaat op het moment van uitbrengen van het exploit van art. 544 Rv. Zie over e.e.a. ook Dozy/Jacobs (1999), p. 144-147.

## INROEPING VAN HET HUURBEDING

door de koper van niet-woonruimte besproken (kan de hypotheekhouder het verhuurde pand nog ontruimen ná de veiling, wanneer zijn hypotheekrecht is 'uitgewerkt', en: mag de koper de ontruiming bewerkstelligen en zo ja, op grond waarvan?).

Een analyse van de hier spelende vragen moet beginnen met de hierboven besproken vraag, of een koper een beroep op een huurbeding wel nodig heeft. Deze vraag is, anders dan men na bestudering van de literatuur terzake misschien zou denken<sup>31</sup>, in het geheel nog niet beantwoord. Er is 'slechts' een lange en hevige discussie geweest over de vraag, of de koper een dergelijk beroep zou kunnen doen en zo ja, of hij daarbij een eigen recht uitoefent dan wel een recht, dat is afgeleid van de hypotheekhouder. Ook wordt de noodzaak van een mogelijk beroep door de koper op het huurbeding voor het huidige recht als volgt beschreven<sup>32</sup>:

'In de regel laten namelijk hypotheekhouders - met name de hypotheekbanken - zich weinig gelegen liggen aan de nakoming van het beding, zolang maar rente en aflossing geregeld betaald worden. Eerst bij executie wordt dit anders (..), maar ook dan bestaat er voor de hypotheekhouder - met name zolang het goed voldoende overwaarde heeft - veelal geen aanleiding tegen de huurder, die in strijd met het beding in het pand zit, op te treden. Ontzegt men dan de koper de bevoegdheid tegen de huurder op te treden, dan zal dus in vele gevallen het voorschrift niet op bevredigende wijze in de behoeften van het maatschappelijk verkeer blijken te voorzien. (..)'

De redenering in dit citaat is juridisch gezien echter een vreemde, omdat zij weinig zegt over de behoefte van een koper aan een beroep op het huurbeding. Zij impliceert allereerst, dat het goed *in verhuurde* staat aan de koper is verkocht; de hypotheekhouder ziet namelijk geen aanleiding om tegen de huurder op te treden. In de tweede plaats veronderstelt de gedachtegang, dat de koper van mening is een *onverhuurd* goed gekocht te hebben. Het behoeft geen betoog, dat een koper zich niet graag geconfronteerd ziet met een pand dat hem *verhuurd* wordt geleverd, terwijl het hem *onverhuurd* werd verkocht.<sup>33</sup> (Bij dit laatste zij aangetekend, dat de wetgever en de Hoge Raad een huurder ook beschermd achten tegen overdracht van het gehuurde door art. 7A:1612 BW, indien deze zich (nog) niet in het genot van het gehuurde bevindt; zie hierna, hoofdstuk 5, paragraaf 5.4.2 sub 2).

Anders gezegd: in deze redenering, die wellicht geacht mag worden 'het huurbeding-denken' weer te geven, wordt als het ware teruggedeneerd en wel vanaf het moment dat de koper geleverd heeft gekregen (nadat hij heeft gekocht). Dán wordt de vraag gesteld of hij nog een beroep op het huurbeding kan doen, omdat anders 'het beding niet op bevredigende wijze in de behoeften van het maatschappelijk verkeer voorziet'. Deze

<sup>31</sup>Zie nader hierboven, par. 4.2.

<sup>32</sup>Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 263. Vgl. voor het oude recht in vrijwel gelijklopende bewoordingen Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 180.

<sup>33</sup>Dat deze redenering - inroeping ná de koop - voor het huidige recht wordt gevolgd, blijkt ook uit het betoog van Albers-Dingemans (1998), p. 23: 'Als ook de koper het verzoek zou kunnen indienen, zou dit als voordeel hebben dat het executieproces sneller verloopt en dat de President met een eenvoudige rekensom kan bepalen of er al dan niet een gerechtvaardigd belang is om het huurbeding in te roepen. Deze voordelen wegen echter niet op tegen het nadeel dat een koper niet weet of hij een pand in verhuurde dan wel onverhuurde staat zal krijgen. Er wordt dan nooit méér dan de waarde in verhuurde staat geboden.' (Wat schrijfster nu precies met dit citaat bedoelt, is mij overigens niet helder). Albers-Dingemans pleit vervolgens terecht voor duidelijkheid - verhuurd of onverhuurd - vóór de verkoop.

'achterstevoren'-redenering is contraproductief: er wordt een enorme verwarring mee gecreëerd, getuige de lange discussie-geschiedenis over de vraag of de koper zich op het huurbeding mag beroepen.

Bezieet men de concrete situatie bij de executoriale verkoop van een verhypothekerd goed, dan is het niet de kwestie, zoals Van Ingen beschrijft<sup>31</sup>, of de koper rekening moet of kan houden met een inroeping door de hypotheekhouder van het huurbeding. Het uitgangspunt moet zijn, dat de hypotheekhouder instaat voor hetgeen hij verkoopt. Verkoopt hij 'vrij van huur', dan moet hij dienovereenkomstig leveren. Voor de koper zal de vraag zijn (en dient te zijn): wat krijgt hij aangeboden: een verhuurd of onverhuurd pand? Dáárop zal hij bieden. Met andere woorden, de vraag is: *wat* verkoopt de hypotheekhouder? Niet: heeft de hypotheekhouder een pro forma beroep op het huurbeding gedaan?

Voor het huidige recht kan (dan ook) gesteld worden dat, zo er een behoefte bestaat voor de koper aan een beroep op het huurbeding, deze in het leven wordt geroepen door dat huurbeding zelf. Immers, met het bestaan van een huurbeding (in de hypotheekakte) en een eventueel beroep daarop door de hypotheekhouder in de veilingvoorwaarden, ontstaat voor de koper de onzekerheid zoals in het citaat beschreven: de hypotheekhouder zou tegen de huurder (hebben) kunnen optreden, maar doet of deed het niet. Onduidelijk is daarbij kennelijk, of het goed in verhuurde of onverhuurde staat is verkocht dan wel wordt geleverd.

Beter is het om de oorzaak van de algehele onzekerheid en verwarring op te sporen en te elimineren. Deze wordt duidelijk indien de algemeen veronderstelde, ruime werking van art. 7A:1612 BW in het beeld wordt betrokken. De hypotheekhouder wordt bij deze werking verplicht om een huurrecht, dat ná zijn hypotheekrecht tot stand komt, te respecteren. Art. 3:264 BW moet de gevolgen van één en ander ongedaan maken, maar bij de uitwerking en interpretatie van dat huurbedingartikel ontstaan nu juist ook de hier besproken problemen. Concreter aangeduid: de hypotheekhouder móet een beroep op het huurbeding doen en/of de inroeping overlaten aan 'de koper', omdat hij anders krachtens art. 7A:1612 BW verplicht zou zijn om een verhuring die ná zijn hypotheekrecht tot stand is gekomen, te respecteren.

De onduidelijkheid is hiermee een feit. Alle aandacht richt zich op vragen als: kan de eventuele koper een beroep op het huurbeding doen, of: wie is 'de koper' in art. 3:264 lid 1 BW? Zulks terwijl de Hoge Raad met zijn in paragraaf 4.3 aangehaalde beslissing kennelijk niet wil weten van de rechtsonzekerheid die de huidige regeling meebrengt (een pand, dat noch in verhuurde, noch in onverhuurde staat wordt verkocht). Ook de Hoge Raad wil een heldere situatie bij de verkoop: er wordt óf een onverhuurd, óf een verhuurd pand verkocht. Immers, wanneer alleen de *juridisch* eigenaar geworden veilingkoper een beroep kan doen op het huurbeding, heeft het huurbeding voor een koper alleen een functie, wanneer deze belangstelling heeft voor een *onverhuurd* pand, hem dit ook *onverhuurd* wordt verkocht én vervolgens *onverhuurd* wordt geleverd (omdat de hypotheekhouder in de veilingvoorwaarden een beroep op het huurbeding heeft gedaan).

Met de Hoge Raad-uitspraak is ook eigenlijk reeds duidelijk, dat het 'inroepen' van het huurbeding door de koper overbodig is: hem is een onverhuurd pand verkocht en geleverd. Hij kan zich op zijn eigendomsrecht beroepen en ontruiming door de huurder bewerkstelligen.<sup>32</sup>

<sup>31</sup>M.J.W. van Ingen, WPNR 6193 (1995), p. 592.

<sup>32</sup>Vgl. Roes, diss., p. 122. Zie bijv. ook A.J.H. Pleysier, Gron. Opm. en Meded. III (1986), p. 32-33, die bij deze conclusie echter uitgaat van de werking van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek', alsmede van een voorafgaand beroep door de veilende hypotheekhouder op het huurbeding.

## INROEPING VAN HET HUURBEDING

Van deze constatering is het slechts één stap naar de conclusie, dat de uitspraak van de Hoge Raad niet nodig was geweest indien art. 7A:1612 BW *niet* ruim zou worden uitgelegd. Anders gezegd: hetgeen de Hoge Raad bereikt met zijn uitspraak, zou ook gelden indien art. 3:264 BW niet nodig zou zijn, omdat art. 7A:1612 BW niet zou gelden ten aanzien van een verhuuring-na-hypotheek. De door de Hoge Raad gewenste rechtszekerheid zou al bereikt worden indien voor het hypotheekrecht de regel zou gelden, evenals het geval is bij andere goederenrechtelijke rechten, dat een eenmaal gevestigd goederenrechtelijk recht niet kan worden aangetast door latere rechten (van goederen- of verbintenisrechtelijke aard). Indien de hypotheekhouder op grond van deze basisregel een latere verhuuring zou kunnen negeren, zou het er op aankomen in welke staat hij het verbonden goed bij de executie in veiling brengt (te koop aanbiedt): in verhuurde of in onverhuurde staat. Verkoopt en levert een hypotheekhouder 'vrij van huur', dan zit een eventuele huurder zonder recht of titel in het pand. De nieuwe eigenaar kan deze dan verwijderen op grond van zijn eigendomsrecht (revindicatie).<sup>36</sup>

Van het feit, dat de ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW de oorzaak is van de hier besproken problemen, is ook het volgende nog een illustratie. De huidige regeling van art. 3:264 lid 1 BW omtrent 'inroeping door de koper' voorziet in een voorafgaande 'inroeping door de hypotheekhouder' in de veilingvoorwaarden. Op deze wijze moet de koper bij het huurbeding worden betrokken, zo is de gedachte van deze regeling (en van de Hoge Raad in 1976<sup>37</sup>). Op die procedure nu wordt bijvoorbeeld de redenering gegrond, dat de hypotheekhouder aansprakelijk is - jegens de koper en/of andere schuldeisers - voor de gevolgen, indien hij abusievelijk nalaat een (pro forma) beroep op het huurbeding te doen in de veilingvoorwaarden.<sup>38</sup> Het gevolg is dan immers naar huidig recht, dat de koper geen recht tot 'inroeping' van dat beding heeft, en dat de opbrengst van het verbonden goed mogelijk lager uitvalt dan wanneer het in onverhuurde staat was verkocht, met benadeling van lager gerangschikte schuldeisers tot gevolg. Hiertegen is de veronderstelde relatieve werking van het huurbeding in te brengen<sup>39</sup>: uit lid 2 van art. 3:264 BW kan afgeleid worden, dat het slechts de hypotheekhouder beschermt die het beding - in zijn eigen belang - heeft gemaakt.

Ook uit deze redenering blijkt echter dat het huurbeding en het verlot een eigen leven zijn gaan leiden, een leven dat (ver) is komen af te staan van de wijze waarop een verkoop in zijn werk gaat. Het zij nog éénmaal gesteld: de vraag zou moeten zijn: *wat* verkoopt de hypotheekhouder? Niet: heeft de hypotheekhouder een pro forma beroep op het huurbeding gedaan? Voor hetgeen de hypotheekhouder verkoopt, moet hij instaan. Verkoopt hij 'vrij van huur', dan moet hij dienovereenkomstig leveren.

Voor een conclusie van deze analyse kan worden volstaan met het volgende: reeds met de ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW heeft de hypotheekhouder zijn basiszekerheid, dat bestaande rechten geëerbiedigd moeten worden, verloren. Zijn hypotheekrecht kan worden aangetast door verhuuringen, die na de hypotheekvestiging tot stand komen. De onduidelijkheid en verwarring die hierdoor worden veroorzaakt moeten door de regeling van art. 3:264 BW (art. 1230 Oud BW) worden 'bezworen'. De vragen en complicaties gaan zich dan echter in

<sup>36</sup>Hij dient daartoe wel een executoriale titel te verkrijgen, zie par. 4.2. Zie ook hierna, hoofdstuk 10, par. 10.3.3 en 10.3.4.

<sup>37</sup>HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 m.n. WMK, AA XXV (1976) m.n. G, p. 536-542 (Albers/Assmann en Donck).

<sup>38</sup>Aldus bijvoorbeeld M.J.W. van Ingen, WPNR 6193 (1995), p. 592.

<sup>39</sup>Zo betoogt ook Van Ingen, t.a.p. Andere complicaties rond de relatieve werking komen hierna, in hoofdstuk 6 ter sprake.

groten getale aandienen. Met andere woorden, de rechtsonzekerheid neemt met dit artikel eerder toe dan af.

#### 4.5. Kan oproeping van het huurbeding verplicht zijn?

##### 4.5.1. Problematiek

Onzekerheid bestaat over de vraag of een executerende hypotheekhouder, die natuurlijk de bevoegdheid heeft tot oproeping van het huurbeding, onder omstandigheden tot die oproeping *verplicht* zou zijn. De verplichting zou mogelijk bestaan ten opzichte van lager gerangschikte hypotheekhouders<sup>40</sup>, die bij de oproeping van het beding (verkoop in onverhuurde staat) belang hebben in verband met de te verwachten hogere opbrengst, maar ook ten opzichte van de hypotheekgever.<sup>41</sup> De problematiek in deze hangt sterk samen met de kwestie van de veronderstelde relatieve werking van het huurbeding, welke werking gebaseerd is op het gegeven dat een hypotheekhouder het huurbeding slechts in zijn eigen relatie met de hypotheekgever wil doen gelden, althans alleen in de betreffende akte van hypotheekstelling kan doen opnemen. Hierna, in hoofdstuk 6 vindt de relatieve werking uitgebreid bespreking. Verwezen mag worden naar dit hoofdstuk.

##### 4.5.2. Analyse

De oorzaak van de onzekerheid over de vraag of een executerende hypotheekhouder tot oproeping van het huurbeding verplicht zou zijn, is eenvoudig aan te wijzen. De problematiek ontstaat, omdat art. 7A:1612 BW geacht wordt toepasselijk te zijn in de situatie 'huur-na-hypotheek'. Het artikel geldt daarbij geheel in het algemeen, dus zodra een dergelijke situatie aan de orde is en de betreffende hypotheekhouder executeert. De *reparatie* van het nadelige effect voor hypotheekhouders (in het algemeen) geschiedt echter *niet in het algemeen*: iedere hypotheekhouder zal zichzelf via een op te nemen huurbeding tegen de werking van art. 7A:1612 BW moeten indekken. Met een dergelijk beding, dat in beginsel alleen gelding kan hebben tussen de partijen tussen wie het is bedongen - hypotheekgever en hypotheeknemer - zijn de hier besproken vragen een feit, evenals de grote onduidelijkheden omtrent de relatieve werking (te bespreken in hoofdstuk 6).

#### 4.6. Conclusie hoofdstuk 4

De complexe oproepingsprocedure en ook de overige in dit hoofdstuk behandelde vragen (wie is 'de koper' in art. 3:264 lid 1 BW; welke is de herkomst van het recht van de koper om ontruiming te vorderen; kan oproeping van het huurbeding verplicht zijn) zijn het gevolg van de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Dit artikel wordt in het huidige recht van toepassing geacht

<sup>40</sup>Zie P. Rodenburg, NJB 1981/25, p. 647; P.A. Stein, WPNR 5735 (1985), p. 268, nr. 24; A.A. van Velten, WPNR 5941 (1989), p. 770.

<sup>41</sup>Zie G.N. Nelemans, WPNR 5425 (1977), waarover P. Rodenburg, a.w., p. 645.

#### INROEPING VAN HET HUURBEDING

op de situatie 'huur-na-hypothec'; een hypotheekhouder is hiermee in beginsel verplicht om een ná de hypotheekvestiging verleend huurrecht te respecteren, tenzij hij bij executie een huurbeding inroept (dat bij de hypotheekvestiging in de hypotheekakte is opgenomen). De in dit hoofdstuk geschetste problemen zijn in de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW onvermijdelijk. In de hoofdstukken 8 en 9 wordt onderzocht of er voor die uitleg een valide reden is aan te voeren. Het antwoord is, zo kan reeds worden vermeld, ontkennend. De ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW is geheel overbodig. De rechtsposities van een huurder en een hypotheekhouder veranderen ten goede indien zij wordt verlaten. Dit zal blijken in hoofdstuk 10, waar een beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW zal worden uitgewerkt.

## 5. De (on)kenbaarheid van het huurrecht

### 5.1. Inleiding

Wanneer een verhuurde goed wordt verhuurd, lijkt de hoofdregel naar geldend recht te zijn, dat de hypotheekhouder het risico van waardedaling van het verbonden goed door die *latere* verhuur moet dragen. Hij kan zichzelf daartegen indekken door een huurbeding te maken; laat hij dit na, dan wordt hij op grond van art. 7A:1612 BW geacht verplicht te zijn om de latere verhuring te respecteren.<sup>1</sup> Bij deze hoofdregel zijn echter de nodige vragen te stellen, bijvoorbeeld deze: welk moment moet tot uitgangspunt worden genomen voor het al dan niet toepasselijk zijn van art. 7A:1612 BW: dat van hypotheekvestiging of dat van de (voorgenomen) executie? In het huidige recht zijn beide momenten kennelijk uitgangspunt van redeneren, met de 'nodige' onduidelijkheid tot gevolg. In paragraaf 5.2 zal op enkele vragen die spelen in deze situatie, 'huur-na-hypotheek', nader worden ingegaan. Blijken zal, dat voor de onduidelijkheden en complicaties een zekere oorzaak is aan te wijzen: de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. In die uitleg is het artikel toepasselijk op het geval waarin een goed wordt verhuurd nádat het reeds is verhuurde.

Is de hoofdregel voor de omgekeerde situatie, 'hypotheek-na-huur', dan wel een heldere? Wederom: op het eerste gezicht wel: een hypotheekrecht dat wordt gevestigd, kan aan een alsdan reeds *bestaand* huurrecht geen afbreuk doen. De regel is echter slechts duidelijk in één situatie: een juridisch eigenaar gaat een huurovereenkomst aan, bij de latere hypotheekvestiging verblijft de huurder in het gehuurde en is de hypotheekhouder feitelijk op de hoogte van de eerdere verhuur. Wordt afgeweken van deze situatie, dan doet rechtsonzekerheid haar intrede. Is het bijvoorbeeld een aanstaande eigenaar die het goed verhuurt en, nadat hij eigenaar is geworden, verhuurde, dan blijkt de huurder nu eens het veld te moeten ruimen, dan weer zijn recht tegen de hypotheekhouder te kunnen invoeren. Dit wisselende en onvoorspelbare resultaat vloeit voort uit twee recente arresten van de Hoge Raad. In paragraaf 5.3 wordt, mede aan de hand van deze uitspraken, onderzocht of er voor dit resultaat in de situatie 'hypotheek-na-huur' een verklaring is te geven. Helaas, zo zal blijken, is dit niet het geval: er is geen heldere hoofdregel en het geschetste verschil is niet met algemeen geldende regels te verklaren. Diverse factoren zijn van invloed op de uitkomst: de omstandigheden van het geval, rechtspolitieke uitgangspunten, eventueel bestaande onderzoeksplichten van hypotheekhouder en/of huurder, en onzekerheid omtrent de vraag, of de huurder zich in het genot van het gehuurde moet bevinden om beschermd te worden door art. 7A:1612 BW.

Omdat de 'hoofdregel' voor de situatie 'hypotheek-na-huur' een afgeleide is van het geval waar art. 7A:1612 BW eigenlijk op ziet ('verkoop'-na-huur), wordt in paragraaf 5.4 onderzocht wie het risico moet dragen van onkenbare huur in die oorspronkelijke 'koop breekt geen huur'-situatie. Ook hier blijken naar huidig recht enkele zeer uiteenlopende en elkaar niet verdragende antwoorden te kunnen worden gegeven. Dit is vooral het geval met betrekking tot de vraag of en zo ja, op welk moment, de huurder in het genot van het gehuurde moet zijn om beschermd te worden door art. 7A:1612 BW.

---

<sup>1</sup>Zie bijvoorbeeld Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht (1994), nr. 870; Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), de heersende leer weergevend in nr. 262, hoofdtekst (vergelijk ook verderop in nr. 262 (kleine tekst) alsmede nr. 264, waarin vraagtekens bij de leer gezet worden). Zie voorts omtrent de toestemming van de hypotheekhouder, hoofdstuk 2, par. 2.5.

Er moet, evenals in eerdere hoofdstukken, aan worden herinnerd dat de nu volgende beschrijving van de problematiek veelal plaatsvindt door te laten zien, welke - vaak onderling tegenstrijdige - verklaringen en mogelijkheden zich aandienen bij een concreet, naar huidig recht bestaand probleem. Het doel is echter om, na de beschrijving van de betreffende complicatie(s) en 'oplossingen', deze te analyseren en te achterhalen of er een oorzaak is aan te wijzen. (Zie voorts de Algemene inleiding, paragraaf 5 en 8).

Het onderzoek wordt in paragraaf 5.5 afgesloten met een conclusie.

## 5.2. De situatie 'huur-na-hypothec'

### 5.2.1. Problematiek

Op het eerste gezicht geldt er in het Nederlandse recht een heldere hoofdregel voor het geval een hypotheekhouder wordt geconfronteerd met een later huurrecht (i.e. een huurrecht totstandgekomen ná hypotheekvestiging): de hypotheekhouder draagt het risico van waardedaling van het verbonden goed door de latere verhuur. Hij kan zichzelf daartegen indekken door een huurbeding te maken; laat hij dit na, dan is het latere huurrecht op grond van art. 7A:1612 BW tegen hem in te roepen.<sup>2</sup> Art. 7A:1612 BW wordt op deze wijze geacht (ook<sup>3</sup>) van toepassing te zijn in de situatie 'huur-na-hypothec'. Een huurder lijkt in het geldende recht nimmer rekening behoeven te houden met een hypotheekrecht, bestaand of niet-bestaand. In alle gevallen ondervindt hij in beginsel de bescherming van art. 7A:1612 BW.

Bestudeert men het hier geschetste resultaat iets nauwkeuriger, dan blijft er van de helderheid niet zoveel over. Zo dient zich de vraag aan, welk moment tot uitgangspunt moet worden genomen voor het al dan niet toepasselijk zijn van art. 7A:1612 BW: dat van hypotheekvestiging of dat van de (voorgenomen) executie? Een keuze voor het moment van executie kan, in verband met het adagium 'koop' breekt geen huur', leiden tot de redenering dat de huurder beschermd moet worden tegen de latere 'verkoop' (de levering ter uitvoering van de executieverkoop). Wordt daarentegen gekozen voor het moment van hypotheekvestiging, dan kan aan de werking van art. 7A:1612 BW niet toegekomen worden: de eerdere vestiging van het hypotheekrecht is geen 'verkoop' (eigendomsoverdracht), waartegen de huurder beschermd moet worden.

Gezien dit laatste lijkt een keuze voor het moment van hypotheekvestiging in de heersende leer niet mogelijk te zijn. Toch speelt dit moment in het huidige recht een rol. Immers, de hypotheekhouder zal door zijn nalatigheid - hij had bij de hypotheekvestiging een huurbeding kunnen maken - een eventuele latere huur moeten respecteren. Met andere woorden: voor de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW is het noodzakelijk om de hypotheekvestiging tot beginpunt van redeneren te nemen. Maar tegelijkertijd moet het moment van executie als uitgangspunt gelden voor de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW. Immers, de enkele toepasse-

---

<sup>2</sup>Zie de literatuur, genoemd in noot 1.

<sup>3</sup>Het artikel is reeds, analoog aan het geval van 'koop-na-huur', toepasselijk op 'hypotheek-na-huur', in welk geval een pand verhuurd is op het moment van hypotheekvestiging. Zie in deze zin bijvoorbeeld uitdrukkelijk HR 14 mei 1976, NJ 1976, 150 m.n. WMK, AA XXV (1976) m.n. G, p. 536-542 (Albers/Assmann en Donck) (de eerste rechtsoverweging na 'O. ten aanzien van het middel') en HR 7 juni 1991, NJ 1992, 262 m.n. WMK (Gay Association/Engelen r.o. 3.3).



lijkheid van dit artikel op de situatie 'huur-na-hypotheek' veronderstelt noodzakelijkerwijs, dat aan het moment van executie beslissende betekenis toekomt. Eerst dan is er een 'verkoop-na-huur' (een levering-na-huur). Eerst dan gaat het om de vraag,

'(.) of niet, wanneer de hypotheekhouder van zijn verhaalsrecht gebruik maakt, de regel 'koop breekt geen huur' (art. 7A:1612 = 7.4.4.1 Ontw. BW) toepassing moet vinden.<sup>4</sup>

De heersende leer beantwoordt deze vraag bevestigend.<sup>5</sup>

Samengevat: een keuze voor de momenten 'hypotheekvestiging' dan wel 'executie' leidt tot geheel tegengestelde en onverenigbare conclusies. Of art. 7A:1612 BW kan niet van toepassing zijn op de situatie 'huur-na-hypotheek' (moment hypotheekvestiging), of het artikel is wel op die situatie van toepassing (moment executie). Toch zijn beide momenten in het huidige recht kennelijk onmisbaar om de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op die situatie te kunnen verklaren. Voorwaar een 'onmogelijk' resultaat.

Een nadere complicatie dient zich aan wanneer de hypotheekhouder niet op de hoogte is van een latere verhuur en dit ook niet kón zijn: niet op het moment van hypotheekvestiging en evenmin op het moment van executie (de verhuur werd verzwegen door de verhuurder/hypotheekgever en de huurder bevond en bevindt zich feitelijk niet in het goed). Is art. 7A:1612 BW van toepassing op deze situatie? Het belang van de vraag blijkt al snel: wanneer de hypotheekhouder bij de hypotheekvestiging een huurbeding heeft gemaakt (zoals gebruikelijk is), dan zal hij een beroep daarop in de veilingvoorwaarden wellicht achterwege laten, omdat hij bij de (voorgenomen) executie van de verhuur volstrekt onkundig is. Na de levering 'vrij van huur' meldt de huurder van het pand zich bij de nieuwe eigenaar. Hoe moet geoordeeld worden over deze situatie? Moet het moment van hypotheekvestiging-mét-huurbeding als vertrekpunt van redeneren gelden? Dan is de verhuur voor risico van de huurder geweest (de huurder moet ontruimen) en heeft de hypotheekhouder 'vrij van huur' kunnen verkopen en leveren. Aan art. 7A:1612 BW komt geen werking toe. Of moet het moment van executie tot uitgangspunt dienen, hetgeen art. 7A:1612 BW wél van toepassing doet zijn op het moment dat de hypotheekhouder tot uitoefening van zijn recht overgaat? Indien het laatste het geval is, rijst de vraag, of de latere verhuur zonder meer voor risico moet komen van de hypotheekhouder, of dat er enige betekenis moet worden toegekend aan diens - objectieve - onbekendheid daarmee? Of moet niet (alleen) gekeken worden naar de goede trouw van de hypotheekhouder en is het voor de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW (ook) nodig, dat de huurder zich feitelijk in het gehuurde bevindt? Indien dat het geval is, rijst de vraag: wanneer? Op het moment van hypotheekvestiging of op het moment van executie door de hypotheekhouder? De Nederlandse wet biedt op deze vragen geen antwoorden<sup>6</sup> en in de rechtsleer vindt de hier aan de orde zijnde situatie, 'huur-na-hypotheek', niet of nauwelijks behandeling. Een duidelijk standpunt is evenmin af te leiden, zo zal hierna blijken (paragrafen 5.3 en 5.4), uit de wél in de rechtsleer besproken situaties 'hypotheek-na-huur' en 'koop-na-huur'.

Een volgende complicerende vraag is, of er in de situatie 'huur-na-hypotheek' enig belang moet worden toegekend aan het feit, dat de huurder in de openbare registers had kunnen zien

---

<sup>4</sup>Asser-Van Velten Zakenrecht III, nr. 262, p. 245, derde alinea, eerste zin. Art. 7.4.4.1 Ontwerp BW is inmiddels gewijzigd in art. 7:226 Ontwerp BW; vgl. hiervoor, hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.4.

<sup>5</sup>Zie de literatuur, hierboven genoemd in hoofdstuk 3, par. 3.4.7, noot 49.

<sup>6</sup>Het Duitse recht is duidelijker, door te eisen dat de huurder zich voor bescherming op het moment van executie feitelijk in het gehuurde moet bevinden. Par. 571 lid 1 BGB luidt: 'Wird das vermietete Grundstück nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert, so tritt der Erwerber (.)'.

## (ON)KENBAARHEID VAN HET HUURRECHT

dat het te huren goed was verhypothecerd. In een arrest uit 1991<sup>7</sup>, waarin het ging om een *niet-eigenaarschap* dat te kennen was geweest uit de registers, oordeelde de Hoge Raad dat zulk een raadpleging van de registers wél van de huurder verwacht kan worden en wel *indien er een huurbeding gemaakt is*. Dit laatste is wel heel wonderlijk: hoe moet de huurder van het bestaan van een huurbeding op de hoogte zijn, anders dan door raadpleging van de registers? Hoe dit ook zij, de Hoge Raad oordeelt dat het huurbedingartikel (art. 1230 oud BW, art. 3:264 BW) van een dergelijke raadpleging uitgaat. Onderzoekt de huurder die registers niet - in het betreffende arrest had de huurder kunnen ontdekken dat zijn wederpartij, de verhuurder, nog geen eigenaar was van het te huren pand - dan moet hij in beginsel rekening houden met de mogelijkheid van ontruimingsvorderingen door derden (de hypotheekhouder of de koper in de veiling).

Over deze vraag - of en zo ja, wanneer, een huurder de registers moet raadplegen - kan dan ook gesteld worden, dat zij (mede door de Hoge Raad) voorzien is van een innerlijk tegenstrijdig antwoord: in gelijke gevallen (eerdere hypotheek kenbaar uit de registers, niet-eigenaarschap kenbaar uit de registers) komt niet-raadpleging de ene keer niet voor rekening van de huurder (eerdere hypotheek), de andere keer wel (niet-eigenaarschap).

Een volgend probleem wordt beschreven door Van Ingen.<sup>8</sup> Het betreft de rechtspositie van de koper in een executie, waarbij de verkopende hypotheekhouder onkundig is van de latere verhuur:

‘Gesteld dat de hypotheekhouder niet op de hoogte is van de verhuur en het object vrij van huur executoriaal verkoopt en levert, komt de koper geen beroep meer toe op het huurbeding. Het goed is dan belast met een last die er niet op had mogen zitten. De koper kan zich hier ten opzichte van de verkoper niet op beroepen, omdat art. 7:19 BW een dergelijk beroep in geval van een executoriale verkoop uitsluit.’

De regeling van art. 3:264 lid 1 BW brengt mee dat, nu de hypotheekhouder meende het goed zónder een beroep op het huurbeding ‘vrij van huur’ te kunnen verkopen, de koper verstoken is van (verdere) ‘inroeping’ van het huurbeding. Krachtens art. 7:19 BW rust het risico van de verhuur nu op de koper. Met andere woorden: art. 7A:1612 BW doet zijn werk: een huurrecht dat verleend is ná de hypotheekvestiging kan tegen de koper worden ingeroepen, er is immers sprake van ‘koop na huur’. De koper heeft vrijwel geen mogelijkheid om de verkopende hypotheekhouder aan te spreken (deze behoeft door de ‘risico-verdeling’ van art. 7:19 BW slechts eigendom te verschaffen<sup>9</sup>). Een vordering uit onrechtmatige daad instellen tegen de geëxecuteerde - die de verhuur verzweg jegens de executerende hypotheekhouder - zal de koper evenmin veel baten, zo stelt Van Ingen<sup>10</sup>, die voorts nog wijst op zowel aanzienlijke redactie- en interpretatieverschillen tussen (standaard-) veilingvoorwaarden, als een fundamenteel verschil

<sup>7</sup>HR 7 juni 1991, NJ 1992, 262 m.n. WMK (Stichting Gay Association/Engelen), r.o. 3.6.

<sup>8</sup>M.J.W. van Ingen, WPNR 6193 (1995), p. 594, r.k. Zie over deze problematiek ook R.H. van Erp, NbBW juni 1993/Afl. 6, p. 65 (over Rb Arnhem 19 maart 1993, KG 1993, 143); H. Stein (1993), p. 101, en Van Ingen/Jongbloed/Van Haften (1998), p. 131-133.

<sup>9</sup>Vgl. TM op art. 7:19 BW, Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 131; Van Ingen/Jongbloed/Van Haften (1998), p. 132.

<sup>10</sup>T.a.p. Schrijver verwijst naar W. Heuff, in: 85 jaar Nederlandse Vereniging voor Hypotheekbanken (1991), p. 123, die het feit dat de geëxecuteerde niet zonder reden uitgewonnen wordt, als reden voor deze veronderstelling aanvoert.

tussen de voorwaarden: deze zijn óf geënt op art. 7:19 BW (het risico voor niet-verlening van het verlot tot inroeping van het huurbeding rust op de koper), óf op art. 7:15 BW. In het laatste geval wordt, kort gezegd, door de hypotheekhouder ervoor ingestaan dat het verlot tot inroeping is verleend, dat het bevel tot ontruiming is gegeven en dat 'vrij van huur' wordt geleverd.

Het behoeft geen betoog dat de rechtspositie van de executiekoper in belangrijke mate wordt uitgehold, zoals ook Van Ingen terecht stelt, door de combinatie van deze regeling met die van het huurbeding. Het mag eveneens duidelijk zijn dat de combinatie van de hier besproken problematiek van de (on)kenbaarheid van het huurrecht en de toestemmingseis van art. 3:264 lid 1 BW<sup>11</sup>, een onafzienbaar labyrint vormt dat 'van binnenuit' steeds aanwast: voor iedere vraag die men tracht te beantwoorden, komen enkele nieuwe in de plaats. (Niet beoogd wordt deze vragen in extenso op te sommen en te beantwoorden; het doel is door analyse de oorzaak van de problematiek te achterhalen, zie paragraaf 5.1 en hierna, paragraaf 5.2.2).

### 5.2.2. Analyse

Een merkwaardige tegenstelling schuilt reeds in de toepasselijkheid van de op art. 7A:1612 BW gebaseerde hoofdregel - de hypotheekhouder draagt het risico van waardedaling van het verbonden goed door eerdere én latere verhueringen - op zowel de situatie 'hypotheek-na-huur' als 'huur-na-hypotheek'. Duidelijk is de regel nog in de eerstgenoemde situatie, dus ten aanzien van een reeds *bestaand* huurrecht. Het feit, dat een later hypotheekrecht aan dat huurrecht geen afbreuk kan doen, is zeer waarschijnlijk te herleiden tot de tekst en de oorspronkelijke bedoeling van art. 7A:1612 BW<sup>12</sup>: een eigendomsoverdracht door de verhuurder (een latere 'verkoop', zoals het artikel meldt) kan een bestaand huurrecht niet aantasten. Een latere hypotheekvestiging door de verhuurder moet dat dan evenmin kunnen, zo is de redenering. De situatie 'huur-na-hypotheek' is aan 'hypotheek-na-huur' echter *volstrekt tegengesteld*; toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW en de daarop gebaseerde hoofdregel op 'huur-na-hypotheek' is onverklaarbaar. Een kleine vergelijking kan dit reeds aantonen.

In het eerste geval ('hypotheek-na-huur') bestaat het huurrecht reeds en wordt nadien het hypotheekrecht gevestigd. In het tweede ('huur-na-hypotheek') bestaat het hypotheekrecht en komt later het huurrecht tot stand. In het eerste geval is er een bestaand huurrecht, dat door art. 7A:1612 BW beschermd moet worden tegen een latere hypotheekvestiging. In het tweede geval bestaat het hypotheekrecht al op het moment van verhuuring. Met andere woorden: nog vóórdat aan een analyse van de problematiek in de situatie 'huur-na-hypotheek' kan worden toegekomen, stuit men op de vraag of art. 7A:1612 BW, dat de huurder beoogt te beschermen tegen *jongere* rechten, wel op deze situatie van toepassing kan zijn. Immers, indien de hypotheekhouder op enig moment tot executie van het (verhuurde) goed overgaat, rijst de vraag tegen welk *jongere* recht de huurder beschermd moet worden: dat kan niet het hypotheekrecht zijn, want dat is nu juist een *ouder* recht.

Ook hier kan men stellen, dat toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek' neerkomt op een ruime uitleg van het artikel. Een korte bespreking van de hier besproken vragen mag dit verder verduidelijken.

<sup>11</sup>Zie hoofdstuk 2, par. 2.5.

<sup>12</sup>Zie voor een (kort) overzicht van de ontstaanshistorie van het artikel hiervoor, hoofdstuk 1, par. 1.2.2 en hierna, hoofdstuk 8.

## (ON)KENBAARHEID VAN HET HUURRECHT

De eerste vraag was: welk moment moet voor de werking van art. 7A:1612 BW tot uitgangspunt worden genomen, de hypotheekvestiging of de executie door de hypotheekhouder? Deze vraag is een onontkoombaar gevolg van de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Immers, de regeling van art. 7A:1612 BW is geschreven ter bescherming van een *bestaand* huurrecht tegen een *latere* eigendomsoverdracht. Indien art. 7A:1612 BW toepasselijk moet zijn op de situatie 'huur-na-hypotheek', is het onmogelijk om het moment van hypotheekvestiging tot uitgangspunt van redeneren te nemen. Noodzakelijkerwijs moet als de 'eigendomsoverdracht', die moet liggen nádat het huurrecht totstandgekomen is, de executie door de hypotheekhouder aangemerkt worden.

Indien de werking van dit 'mechanisme' wordt ingezien, wordt ook de oorzaak van de overige hier genoemde problemen duidelijk. Namelijk, alléén wanneer art. 7A:1612 BW op het moment van executie toepasselijk moet zijn, ontstaat er een moeilijkheid indien de executie 'vrij van huur' plaatsvindt, terwijl het verkochte goed verhuurd was. Eerst dan doemt de problematiek van de (on)kenbaarheid van het huurrecht op: de huurder kan zich beroepen op art. 7A:1612 BW, maar de hypotheekhouder meent (en mag menen) een beroep op het huurbeding achterwege te kunnen laten, omdat hij volstrekt onbekend is met het huurrecht. Alleen dán ook ontstaat de tegenstrijdigheid tussen art. 7A:1612 BW enerzijds (de hypotheekhouder draagt het risico van waardedaling van het verbonden goed door de latere verhuur) en de hierboven vermelde uitspraak van de Hoge Raad anderzijds, dat de huurder het risico van een ont-ruimingsvordering naar zich toe trekt indien hij verzuimt de openbare registers te raadplegen. De Hoge Raad stelt dat art. 3:264 BW van een dergelijke raadpleging uitgaat. Maar hoe kan dit het geval zijn - het risico van niet-raadpleging rust op de huurder, indien er een hypotheekrecht-met-huurbeding blijkt te zijn -, terwijl tegelijkertijd art. 7A:1612 BW geacht wordt toepasselijk te zijn op het moment van executie, waarmee het risico van waardedaling van het verbonden goed als gevolg van alsdan bestaande verhuur juist op de hypotheekhouder komt te liggen?

Ook het innerlijk tegenstrijdige antwoord op de vraag, wanneer een huurder de registers moet raadplegen (de ene keer komt niet-raadpleging wel voor zijn rekening (niet-eigenaarschap), de andere keer kennelijk niet (eerdere hypotheek)), is op deze wijze terug te voeren op de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek'.

Dat het huurbeding geen uitkomst meer kan bieden indien de hypotheekhouder reeds 'vrij van huur' heeft geëxecuteerd ligt in de aard van de regeling van het huurbeding besloten. Zoals al werd opgemerkt: het beding is 'úitgewerkt' of beter: ongebruikt gebleven. Art. 3:264 BW speelt echter wél een grote rol in de onderhavige problematiek: het artikel is onlosmakelijk én onontkoombaar verbonden met de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek'. Immers, de heersende redenering is, dat de hypotheekhouder zichzelf kan indekken tegen latere verhuringen door een huurbeding te maken; laat hij dit na, dan zijn de latere huurrechten tegen hem in te roepen op grond van art. 7A:1612 BW. Met andere woorden: het 'huurbeding-denken' veronderstelt de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW (of brengt deze wellicht onontkoombaar mee). Is dit systeem of mechanisme eenmaal aanvaard, dan moet art. 7A:1612 BW ('koop breekt geen huur') toepasselijk zijn op de situatie 'huur-na-hypotheek' en dan zijn de bovenvermelde problemen een feit.

De conclusie luidt, dat de vraag wie de risico's van de onkenbare verhuur moet dragen, de huurder (ontruiming) of de hypotheekhouder (verplicht om een onkenbaar huurrecht te respecteren), in ieder geval voor de situatie 'huur-na-hypotheek' een overbodige is. Zij wordt in

het leven geroepen door art. 7A:1612 BW toepasselijk te achten op een verhuuring, aangegaan ná hypotheekvestiging.

### 5.3. De situatie 'hypotheek-na-huur'

#### 5.3.1. Problematiek

Niet geringe onduidelijkheden omtrent de (on)kenbaarheid van het huurrecht bestaan ook in de situatie 'hypotheek-na-huur'. Dit is wellicht merkwaardig, omdat de hoofdregel van art. 7A:1612 BW - de hypotheekhouder draagt steeds het risico van waardedaling van het verbonden goed als gevolg van verhuringen, kenbaar of niet - alleen zonder meer van toepassing kan zijn op de situatie 'hypotheek-na-huur', waarin sprake is van een reeds bestaand huurrecht. Het feit, dat een later hypotheekrecht aan dat huurrecht geen afbreuk kan doen, is te herleiden tot de tekst en de oorspronkelijke bedoeling van art. 7A:1612 BW: indien een eigendoms-overdracht (het meerdere) door de verhuurder een bestaand huurrecht niet kan aantasten, moet een latere hypotheekvestiging (het mindere) door de verhuurder dat zeker niet kunnen. Deze regel vormt een uitzondering, op billijkheidsgronden, op een hoofdregel van het goederen- en verbintenissenrecht: een goederenrechtelijk gerechtigde hypotheekhouder kan latere én eerdere persoonlijke rechten, zoals van de huurder, negeren).

De duidelijkheid bestaat echter alleen, wanneer in dit geval van 'hypotheekvestiging-na-huur' aan de volgende drie voorwaarden wordt voldaan: (i) een juridisch eigenaar<sup>13</sup> gaat de huurovereenkomst aan, (ii) de huurder verblijft ten tijde van de latere hypotheekvestiging feitelijk in het gehuurde, (iii) de hypotheekhouder is daadwerkelijk op de hoogte van de eerdere verhuur. Art. 7A:1612 BW kan geacht worden op deze situatie zonder meer van toepassing te zijn.

Zodra op enigerlei wijze wordt afgeweken van deze 'standaard'-voorwaarden, komen weer de vragen en onduidelijkheden (vgl. de vorige paragraaf). Bijvoorbeeld (ten aanzien van de eerste voorwaarde): er blijkt te zijn verhuurd vóór de verhypothekering door een *niet-juridisch* eigenaar. Geldt de hoofdregel van art. 7A:1612 BW - de hypotheekhouder draagt steeds het risico van verhuringen - ook dan? Deze vraag is aan de orde in twee tamelijk recente arresten van de Hoge Raad.<sup>14</sup> Beide uitspraken betreffen een koper van een pand die overgaat tot verhuuring nog vóór hij juridisch eigenaar is geworden. In de botsing die dan ontstaat tussen de huurder en de latere hypotheekhouder, blijkt in het eerste arrest de huurder de schade te moeten dragen: hij moet het pand ontruimen en draagt aldus het risico van verhuur door een beschikingsonbevoegde; hij kan slechts zijn verhuurder aanspreken. In het tweede arrest daarentegen

<sup>13</sup>Een onbevoegdlijk aangegane huur (dat wil zeggen: aangegaan door een niet-juridisch-eigenaar) wordt niet bestreken door art. 7A:1612 BW, althans, zo mag men aannemen, gezien de ontstaansgeschiedenis van art. 7A:1612 BW (waarover hierna, hoofdstuk 8). Vgl. ook A-G Hartkamp, conclusie voor het hierna te bespreken arrest HR 7 juni 1991, NJ 1992, 262 m.n. WMK (Gay Association/Engelen), onder 9, 12-16, die - mijns inziens minder juist - stelt dat de onbevoegdlijk (d.w.z. door een niet-eigenaar) aangegane huur geen rechtsband creëert tussen de huurder en de eigenaar.

<sup>14</sup>HR 7 juni 1991, NJ 1992, 262 m.n. WMK (Stichting Gay Association/Engelen); HR 15 november 1996, NJ 1997, 508 m.n. WMK (Metterwoon/Van Ommen).

## (ON)KENBAARHEID VAN HET HUURRECHT

slaat de balans door in het nadeel van de hypotheekhouder: deze blijkt hypotheek op een pand in verhuurde staat te hebben gekregen.

Wordt afgeweken van de tweede en derde voorwaarde, dan kunnen de volgende vragen gesteld worden:

- hoe te oordelen, wanneer de hypotheekhouder niet op de hoogte is van de eerdere verhuur (in de beide hierboven genoemde arresten is dat namelijk het geval);
- moet de huurder, om door art. 7A:1612 BW beschermd te worden, zich ten tijde van de hypotheekverlening en/of de hypotheekvestiging in het feitelijk genot van het gehuurde bevinden;
- moet er onderzoek wordt gepleegd door de hypotheekhouder en/of de huurder, naar respectievelijk eerdere verhuur en eerdere verhypothekering en zo ja, in welke mate;
- moet de eigenaar/hypotheekgever (of diens makelaar) de verhuur melden aan de hypotheekhouder en/of de huurder?<sup>15</sup>

In dit verband kan voorts nog de vraag worden gesteld, welke betekenis moet worden toegekend aan de (eventuele) omstandigheid, dat een huurovereenkomst wordt aangegaan ná de hypotheekverlening (het tekenen van de hypotheekakte, met daarin meestal opgenomen een huurbeding), maar vóór de hypotheekvestiging (inschrijving van de hypotheekakte).

Omtrent deze vragen - als zodanig en in onderling verband - bestaat in de rechtsleer grote onduidelijkheid, zoals bij de navolgende analyse zal blijken. Opgemerkt zij nog, dat met die analyse beoogd wordt de oorzaak van het ontstaan van de vragen te achterhalen, waardoor deze wellicht kunnen komen te vervallen. Het eerste oogmerk is niet om de vragen te gaan beantwoorden. Men zie het eerder omtrent dit doel van het onderzoek opgemerkte (paragraaf 5.1 en de Algemene inleiding, paragraaf 5 en 8).

### 5.3.2. Analyse

#### 1. Inleiding

Een analyse van de hier spelende vragen kan het beste worden gegeven aan de hand van twee recente arresten van de Hoge Raad, waarin de problematiek van de (on)kenbaarheid van het huurrecht in de situatie 'hypotheek-na-huur' aan de orde is. Begonnen wordt met een korte bespreking van de arresten (2 en 3), gevolgd door een toetsing van de daarin gedane uitspraken aan de hierboven ter sprake gekomen hoofdregel (naar geldend recht), dat de hypotheekhouder het risico draagt van waardedaling van het verbonden goed als gevolg van eerdere en latere verhuuringen (4). Met een voorlopige conclusie wordt de analyse afgesloten (5). Een definitieve conclusie kan eerst worden gegeven nadat de situatie waarvoor art. 7A:1612 BW eigenlijk is geschreven, 'koop-na-huur', in paragraaf 5.4 is besproken.

---

<sup>15</sup>Zie over deze vraag A.H.M. Santen, in: *Recht zo die gaat* (1976), p. 114; Croes (1991), p. 50; P. Rodenburg, *Prg.* 1981/18, p. 488-489; P. Rodenburg en J.W.M. Russell, *WPNR* 5650 (1983), p. 270; Pr. Onroerend goed, *IG* - 38/39 en *IG* - 40/41; HR 2 juni 1989, NJ 1990, 253 m.n. WMK (Christenhusz/Brunsveld).

2. *HR 7 juni 1991, NJ 1992, 262 m.n. WMK (Stichting Gay Association/Engelen)*<sup>16</sup>

De casus van het arrest uit 1991 luidt als volgt. Op 2 september (1988) verhuurt de koper het gekochte goed nog vóór hij eigenaar daarvan is geworden. De feitelijke macht over het goed hebben de koper en via deze, de huurder, reeds verkregen van de verkoper.<sup>17</sup> Op 9 september 1988 verleent de koper een hypotheekrecht op het goed aan de verkoper (de koper tekent de transport- en hypotheekakte). Op 12 september 1988 wordt de koper eigenaar van het pand en komt het hypotheekrecht tot stand (de akten worden in de openbare registers ingeschreven).<sup>18</sup> In de transportakte vermeldt de verkoper (kort samengevat) dat het overgedragen goed 'vrij is van huur'. In de hypotheekakte heeft de hypotheekhouder (tevens verkoper) een huurbeding doen opnemen, waarin verhuur door de hypotheekgever wordt verboden.<sup>19</sup> De hypotheekhouder heeft voor de verhuur geen toestemming gegeven en is daarvan - volgens Hof en Hoge Raad<sup>20</sup> - ook niet op de hoogte geweest ten tijde van de overdracht en de hypotheekverlening. In juni 1989 executeert de hypotheekhouder het goed 'vrij van huur'. De huurder verzet zich tegen de daarop volgende ontruiming met - samengevat - de stelling, dat de huurovereenkomst weliswaar door een beschikkingsonbevoegde was aangegaan, maar dat deze overeenkomst alsnog geldigheid verkreeg met de transportakte, welke akte bovendien in het algemeen vóór de hypotheekakte wordt ingeschreven in de openbare registers. Het huurrecht bestond 'dus' al toen het hypotheekrecht tot stand kwam. De Hoge Raad gaat op deze stelling slechts zijdelings in<sup>21</sup> en oordeelt, vooral aan de hand van een afweging van de objectieve belangen van hypotheekhouder en huurder, dat een beroep op het huurbeding in dit geval wél is toegestaan. Het risico van de verhuur door een onbevoegde rust in deze situatie op de huurder, die het pand moet ontruimen.

*Het belang van de hypotheekhouder* wordt door de Hoge Raad vooral herleid tot objectief geldende factoren:

-het doel en de strekking van een hypotheekrecht, zijnde

<sup>16</sup>Zie over dit arrest bijv. J.B.M. Vranken, WPNR 6011 (1991), p. 451-452; A.J.H. Pleysier, Bb. 1991/17, p. 164-165 en De Notarisklerk 1991/9, nr. 1283, p. 134-135; H.D. Ploeger, Adv.bl. 1991/20, p. 603-604; W.G. Huijgen, NTBR 1992/4, p. 140-142; Handboek Huurrecht (Dozy), Art. 1584, aant. 15f; Dozy/Jacobs (1999), p. 141-144; Oldenhuis c.s. (1999), p. 117-121.

<sup>17</sup>Vgl. de conclusie van A-G Hartkamp voor het arrest, onder 1 en 15 en r.o. 3.1 van de Hoge Raad: hieruit valt op te maken, dat de verkoper (Ter Borch BV), toen zij nog eigenaresse van het pand was, het feitelijk gebruik daarvan heeft overgelaten aan de koper (Mercur CV) en dat Mercur CV het pand vóór de eigendomsoverdracht heeft verhuurd. In onderdeel 14 van de conclusie van A-G Hartkamp valt te lezen, dat de huurder voorafgaande aan de eigendomsoverdracht reeds in het gehuurde was getrokken.

<sup>18</sup>Naar het recht van vóór 1992 sprak men van overschrijving (transportakte) en inschrijving (hypotheekakte). In het navolgende wordt telkens de aanduiding van het huidige recht gebruikt (in alle gevallen: inschrijving).

<sup>19</sup>Of de hypotheekgever in de hypotheekakte heeft verklaard dat het pand niet is verhuurd, wordt uit de in het arrest vermelde gegevens niet duidelijk. In het hieronder te bespreken arrest Metterwoon/Van Ommen was dit wel het geval.

<sup>20</sup>W.G. Huijgen, NTBR 1992/4, p. 141 r.k. plaatst bij dit niet-weten een (groot) vraagteken; zie nader hieronder.

<sup>21</sup>In r.o. 3.4 somt de Hoge Raad de kenmerken van het onderhavige geval op en één daarvan is, dat de transport- en hypotheekakte 'tegelijk ter inschrijving in de openbare registers zijn aangeboden'. Kleijn spreekt in zijn noot onder het arrest van een (hiermee) ontkracht zijn van het argument van de huurder. Hij stelt vervolgens, dat de argumentatie van de Hoge Raad zo objectief is, dat de uitkomst dezelfde zou zijn (als in dit arrest) als er een dag tussen de inschrijvingen zou zitten.

## (ON)KENBAARHEID VAN HET HUURRECHT

`(.) een naar de eisen van het financieel en zakelijk verweer ingericht financieringsinstrument (..) (in plaats van `verweer' is waarschijnlijk bedoeld: verkeer, RW);<sup>22</sup>

-de strekking van het huurbeding binnen het hypotheekrecht:

`(.) voorkomen dat als gevolg van het bestaan van de waarde van het onroerend goed drukkende huurovereenkomsten de opbrengst bij verkoop niet voldoende is om verhaal te bieden voor hetgeen de hypotheekhouder heeft te vorderen (..)<sup>23</sup>.

-bescherming van de financierbaarheid van woningen, in het bijzonder van de mogelijkheid voor (en daarmee de bereidheid van) verstrekkers van hypothecair krediet, om de waarde van het onderpand in *overhuurde* staat tot uitgangspunt te nemen.<sup>24</sup>

Voor het onderhavige geval spelen daarbij de volgende bijzondere omstandigheden mee<sup>25</sup>:

-de huurovereenkomst was door de hypotheekgever gesloten voordat hij beschikkingsbevoegd was geworden;

-de hypotheekhouder behoefde hierop niet bedacht te zijn.

*Het belang van de huurder* - bescherming tegen ontruiming - weegt tegen dit alles in dit geval niet op. Bovendien, zo overweegt de Hoge Raad<sup>26</sup>, een huurder kan de openbare registers raadplegen en onderzoeken of zijn verhuurder als eigenaar of beperkt gerechtigde bevoegd is tot verhuur. Laat de huurder dit na - zoals in casu - dan moet hij in beginsel met de mogelijkheid van een ontruimingsvordering rekening houden. Met lege handen staat hij bij ontruiming niet, omdat hij zijn verhuurder tot schadevergoeding zal kunnen aanspreken (uit wanprestatie).

### 3. HR 15 november 1996, NJ 1997, 508 m.n. WMK (Metterwoon/Van Ommen)

De situatie in het arrest Metterwoon/Van Ommen is grotendeels gelijk aan die van het arrest Gay Association/Engelen. Zij wijkt evenwel op twee essentiële punten ervan af. De vergelijkbaarheid ligt in de omstandigheid, dat een registergoed wordt verhuurd door een daartoe nog onbevoegde. In het arrest Metterwoon/Van Ommen is dat Kortekaas, die op 26 oktober 1979 verhuurt aan Van Ommen. Kortekaas wordt eerst op 27 november 1979 eigenaar van het goed. Op diezelfde dag, 27 november 1979 vestigt Kortekaas een hypotheekrecht op het goed ten behoeve van de Friesch-Groningsche Hypotheekbank NV (hierna te noemen FGH). Kortekaas verklaart in de hypotheekakte dat het verbonden goed niet is verhuurd. FGH, die ook overigens niet op de hoogte is van de eerdere verhuur, neemt een huurbeding op in de hypotheekakte.

---

<sup>22</sup>R.o. 3.3.

<sup>23</sup>R.o. 3.3. De Hoge Raad noemt in dit verband zijn eerdere arresten HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 m.n. WMK, AA XXV (1976) m.n. G, p. 536-542 (Albers/Assmann en Donck) en HR 3 februari 1989, NJ 1990, 249 m.n. WMK (Pirouette/Broekmeulen).

<sup>24</sup>R.o. 3.6.

<sup>25</sup>R.o. 3.6.

<sup>26</sup>R.o. 3.6. Zie voor een soortgelijk oordeel Rb Arnhem 19 maart 1993, KG 1993, 143, waarover R.H. van Erp, NdBW juni 1993/Afl. 6, p. 65-67.



De eerste afwijking van deze casus met die in het arrest *Gay Association/Engelen* betreft het gegeven dat de huurder, Van Ommen, ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst zelf de juridisch eigenaresse is van het goed. Eerst daarna (één maand later) draagt Van Ommen het goed in eigendom over aan Kortekaas, waarbij Van Ommen zich het huurrecht als het ware voorbehoudt.<sup>27</sup> In het arrest *Gay Association/Engelen* is de huurder, zoals annotator Kleijn het formuleert, 'niet eerder juridisch bij het registergoed betrokken geweest'.<sup>28</sup>

Het tweede verschil betreft het feit, dat in de transportakte is vermeld dat het goed door Van Ommen wordt overgedragen in verhuurde staat. In het arrest *Gay Association/Engelen* wordt het goed overgedragen 'vrij van huur'.

De beide omstandigheden zijn van groot belang in de overweging van de Hoge Raad om de balans te doen doorslaan in het nadeel van de hypotheekhouder, FGH<sup>29</sup>: enerzijds heeft FGH het aan zichzelf te danken dat zij niet op de hoogte is van de eerdere huurovereenkomst: een betere bestudering van de (concept-)transportakte had op haar weg gelegen (ter vergelijking: in het arrest *Gay Association/Engelen* vermeldt de transportakte een overdracht 'vrij van huur'). Anderzijds kan in dit geval niet gezegd worden dat de huurder, Van Ommen, door te huren van de nog onbevoegde Kortekaas, het risico heeft genomen te worden geconfronteerd met de gevolgen van verder onbevoegd handelen van Kortekaas. Van Ommen is dan immers, anders dan de huurder in het arrest *Gay Association/Engelen*, zelf eigenaar van het te huren goed. Van Ommen ziet er vervolgens op toe dat er een overdracht in verhuurde staat plaatsvindt. Dat Kortekaas desondanks bij de hypotheekvestiging jegens FGH verklaart dat het goed niet verhuurd is, kan niet aan Van Ommen worden verweten. (Ter vergelijking: in het arrest *Gay Association/Engelen* oordeelt de Hoge Raad dat de huurder de openbare registers had kunnen raadplegen en kunnen zien dat zijn verhuurder als eigenaar of beperkt gerechtigde niet bevoegd was tot verhuur. De huurder liet dat na en moest in beginsel met de mogelijkheid van een ontruimingsvordering rekening houden). De Hoge Raad overweegt in dit verband in het arrest *Metterwoon/Van Ommen*:

'Een verkoper die, zoals Van Ommen, met de koper is overeengekomen dat hij na de overdracht de verkochte woning als huurder mag blijven bewonen en vervolgens meewerkt aan een transportakte waarin uitdrukkelijk wordt vermeld dat de woning niet vrij van huur wordt overgedragen, mag in verband met het bepaalde in art. 7A:1612 BW erop vertrouwen dat de koper-verhuurder niet alsnog zijn rechten uit de huurovereenkomst kan frustreren door in aansluiting op de overdracht en met verzwijging van de huurovereenkomst een hypotheek op die woning te vestigen. Het belang van de verkoper-huurder om niet in dit vertrouwen te worden beschaamd, behoort zwaarder te wegen dan dat van de hypotheekhouder die uit de transportakte heeft kunnen opmaken dat er een eerdere huurovereenkomst was, maar dit onvoldoende heeft onderzocht.'<sup>30</sup>

#### *4. Toetsing aan de hoofdregel*

Een toetsing van de beide arresten aan de hoofdregel betreffende de vraag wie het risico van bestaande maar onkenbare huur ten tijde van hypotheekvestiging moet dragen levert het volgende

<sup>27</sup>In deze zin annotator W.M. Kleijn onder het arrest, NJ 1997, 508, onder 2.

<sup>28</sup>T.a.p.

<sup>29</sup>R.o. 3.3.

<sup>30</sup>R.o. 3.3.

## (ON)KENBAARHEID VAN HET HUURRECHT

beeld op. Uit de arresten kan in zekere zin een invulling worden afgeleid van de hoofdregel (de hypotheekhouder draagt steeds het risico van verhuringen), maar tegelijkertijd is het niet in het algemeen aan te geven, wanneer en onder welke omstandigheden het risico niet meer op de hypotheekhouder rust.

Van een nadere invulling van de hoofdregel kan worden gesproken, indien als volgt wordt geredeneerd: het risico van eerdere verhuur mag in beginsel op de hypotheekhouder rusten (hoofdregel), maar wanneer hij voorzichtig en zorgvuldig opereert kan de balans in het nadeel van de huurder gaan doorslaan. Dit laatste wordt waarschijnlijker naarmate de huurder onvoorzichtiger handelt. Korter gezegd: met onvoorzichtig handelen trekt men risico naar zich toe. In het eerste arrest, *Gay Association/Engelen*, moet de huurder de gevolgen van de onbevoegde verhuring dragen omdat

-hij, de huurder, onvoorzichtig heeft gehandeld door te huren zonder de registers te raadplegen;  
-de hypotheekhouder niets kan worden verweten: noch uit de verklaring van de hypotheekgever, noch uit de eerdere (concept-)transportakte heeft hij kunnen opmaken dat de hypotheekgever het te verbinden goed reeds heeft verhuurd.<sup>31</sup>

In het tweede arrest, *Metterwoon/Van Ommen*, is sprake van het omgekeerde: een voorzichtige huurster (*Van Ommen*) en een hypotheekhouder (FGH) die onvoldoende onderzoek heeft gepleegd. De eerdere verhuur komt voor risico van de hypotheekhouder.

Toch is het om drie, hieronder te bespreken redenen niet mogelijk om voor het huidige recht in het algemeen aan te geven hoe de gevolgen van de onkenbare huur uitvallen in wisselende feitelijke omstandigheden: onduidelijk is hoe rechtspolitieke uitgangspunten in concrete gevallen uitwerken (4a), niet duidelijk is hoe ver de hypotheekhouder en de huurder in het 'voorzichtige handelen' moeten gaan (4b), er bestaat geen eenduidig antwoord op de vraag of de huurder in het genot van het gehuurde moet zijn om beschermd te worden door art. 7A:16-12 BW (4c).

### *4a. Rechtspolitieke uitgangspunten*

Een eerste reden voor de onmogelijkheid om naar huidig recht in deze situaties de gevolgen van onkenbare huur aan te geven, is dat niet duidelijk is hoe de rechtspolitieke uitgangspunten ten aanzien van de rechtspositie van een hypotheekhouder en een huurder uitwerken in wisselende feitelijke omstandigheden. De Hoge Raad noemt de uitgangspunten in het arrest *Gay Association/Engelen*:

-het maatschappelijk belang bij de financierbaarheid van registergoederen (dit brengt mee, dat het hypotheekrecht als financieringsinstrument beschermd dient te worden);  
-het woonbelang van de huurder (dit moet beschermd worden tegen een (onnodige) ontruiming tengevolge van een executie door de hypotheekhouder).

Welk belang moet de doorslag geven als de hypotheekhouder al het mogelijke onderzoek heeft verricht, maar de hypotheekgever de eerdere huurovereenkomst verzwijgt, de verhuur niet in de transportakte is opgenomen en ook de huurder zich nog niet in het gehuurde bevindt? De hypotheekhouder kan dan niet op de hoogte zijn van de eerdere verhuur, zoals de Hoge Raad stelt in het arrest *Gay Association/Engelen*<sup>32</sup> (het feit dat de hypotheekgever tijdens de verhuring

<sup>31</sup>Vgl. annotator Kleijn in zijn noot onder het arrest *Metterwoon/Van Ommen*, onder 3; bij *Gay Association* ging het om een onbezomen huurder en een hypotheekhouder aan wie weinig te verwijten was qua onderzoek.

<sup>32</sup>R.o. 3.6.

nog geen juridisch eigenaar is, levert daar nog een extra argument op voor bescherming van de hypotheekhouder, maar dat argument is terug te voeren op art. 7A:1612 BW: een huurder kan aan dit artikel eerst bescherming ontnemen wanneer hij huurt van een beschikkingsbevoegde<sup>33</sup>).

#### 4b. Richtlijn voor 'voorzichtig handelen'?

Een tweede reden moet gezocht worden in de onzekerheid die bestaat omtrent de vraag, *hoe ver* de hypotheekhouder en de huurder in het 'voorzichtige handelen' moeten gaan.<sup>34</sup>

Voor de huurder lijkt de Hoge Raad een richtlijn te geven in het arrest *Gay Association/Engelen*:

'Anderzijds had de huurder zich door raadpleging van de openbare registers - van welke raadpleging art. 1230 BW uitgaat - kunnen onderzoeken of zijn verhuurder tevens eigenaar of beperkt zakelijk gerechtigde was, bij gebreke waarvan een huurder in beginsel met de mogelijkheid van ontruimingsvorderingen door derden rekening heeft te houden. Ook dan is de huurder bovendien niet geheel onbeschermd, nu hij in geval van ontruiming immers een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie op de verhuurder zal hebben.<sup>35</sup>

De vraag of de Hoge Raad met deze overweging ook beoogt de gebruikelijke situatie te bestrijken, waarin de verhuurder als juridisch eigenaar wel tot verhuuren bevoegd is, moet om drie redenen waarschijnlijk ontkennend beantwoord worden. In de eerste plaats wordt de beslissing gegeven voor een atypische situatie: de verhuurder moet op het moment van verhuur nog juridisch eigenaar worden. Een tweede reden is dat de vraag of de huurder verplicht geacht moet worden tot een dergelijke raadpleging van de registers, niet onomstreden is.<sup>36</sup> Een derde reden

<sup>33</sup>Zie over deze strekking van art. 7A:1612 BW de conclusie van A-G Hartkamp voor het arrest, NJ 1992, 262, onder 9 en 12; W.G. Huijgen, NTBR 1992/4, p. 141, r.k.

<sup>34</sup>Zie met betrekking tot een eventuele onderzoeksplicht van de hypotheekhouder bijvoorbeeld A-G Hartkamp, conclusie voor het arrest *Gay Association/Engelen*, onder 14, en annotator Kleijn, noot onder het arrest *Metterwoon/Van Ommen*, onder 3. De onderzoeksplicht van de huurder wordt geformuleerd door de Hoge Raad in het eerstgenoemde arrest, r.o. 3.6, derde alinea (hieronder weergegeven). Vgl. ook H.J.v.S., *Sociaal recht* 1998-6, p. 206-208; Dozy/Jacobs (1999), p. 144-146.

<sup>35</sup>R.o. 3.6. In gelijke zin HR 10 april 1924, NJ 1924, p. 584 en - impliciet - Hof Amsterdam 22 november 1972, NJ 1974, 13. Zie ook hierna, bij noot 95.

<sup>36</sup>Zie voor een toepassing van een zodanige verplichting Rb Arnhem 19 maart 1993, KG 1993, 143, waarover R.H. van Erp, NbBW juni 1993/Afl. 6, p. 65-67. Tot het aannemen van een dergelijke verplichting concluderen bijv. M.J.L.A. Stassen, WPNR 5436 (1978), p. 317; G.T. de Jong, diss., p. 94; W.M. Kleijn, noot onder het hier besproken arrest *Gay Association/Engelen*, onder 4, alsmede noot onder HR 3 februari 1989, NJ 1990, 249 (*Piroette/Broekmeulen*), onder 2 (zie ook de bijdrage van deze auteur in: *Gratia Commercii* (1981), p. 111-113); A.J.H. Pleysier, *De Notarisklerk* 1989, nr. 1254, p. 54 l.k.; *dezelfde*, *De Notarisklerk* 1991, nr. 1283, p. 134; G.N. Nelemans, WPNR 5425 (1978), p. 159-160; R.H. van Erp, a.w., p. 66. Van een dergelijke verplichting ten aanzien van de huurkoper gaat ook de wetgever uit in Wetsvoorstel 24.212 (huurkoop onroerende zaken), Tweede Kamer, vergaderjaar 1994-1995, 24.212, nr. 3 (MvA); zie ook hierna, hoofdstuk 10, bij noot 14. Afgewezen wordt een derge-

## (ON)KENBAARHEID VAN HET HUURRECHT

is dat het oordeel zou impliceren dat de huurder steeds naar de registers zou moeten: hoe zal hij anders kunnen verifiëren of zijn wederpartij wel juridisch eigenaar is? Uit de laatste twee redenen mag dan ook reeds geconcludeerd worden dat niet goed kan worden aangegeven hoeveel onderzoek van een aspirant-huurder gevraagd kan worden in het geval de verhuurder wél juridisch eigenaar is van het te verhuren goed.

Voor de hypotheekhouder bestaan er enkele mogelijkheden om het al of niet verhuurd zijn van het goed na te gaan. Kleijn geeft de volgende inventarisatie<sup>37</sup>:

- de hypotheekhouder zal in de regel bij de hypotheekgever (kunnen) informeren omtrent eventuele verhuur;
- de transportakte, waarbij de verhuurder eigendom verkrijgt, kan informatie omtrent eventuele verhuur verschaffen (zoals in de arresten *Gay Association/Engelen* (pand als 'onverhuurd' vermeld, in strijd met de ware situatie) en *Metterwoon/Van Ommen* (pand als 'verhuurd' omschreven);
- een onderzoek in de openbare registers;
- een feitelijk onderzoek in het te verhypothekeren pand.

De mate van onderzoek die van de hypotheekhouder wordt verlangd lijkt echter, ondanks deze mogelijkheden, afhankelijk te zijn van veelal wisselende omstandigheden:

- hoe bijvoorbeeld te oordelen wanneer de transportakte een onjuiste vermelding inhoudt (zoals in het arrest *Gay Association/Engelen*) en bovendien de hypotheekgever de huurovereenkomst verzwijgt (hetzelfde arrest), bijvoorbeeld omdat het verhuurd zijn van het pand in een lagere geldlening zou resulteren?
- Heeft een onderzoek van de openbare registers enige zin wanneer huurrechten daarin niet kunnen worden ingeschreven (art. 3:17 lid 2 BW)?
- Welke waarde moet er toegekend worden aan een onderzoek naar het daadwerkelijke verhuurd zijn, zolang niet vaststaat (hetgeen niet het geval is, zie hieronder) of de huurder zich feitelijk in het genot van het gehuurde moet bevinden om beschermd te worden door art. 7A:1612 BW? Zoals Kleijn in zijn annotatie bij het arrest *Gay Association/Engelen* opmerkt:

^ Ook dan geldt dat de hypotheekhouder dan op de verhuring "niet bedacht behoefde te zijn" (..) <sup>38</sup>;

---

lijke verplichting bijvoorbeeld door: W.M. Kleijn in een (eerdere) noot onder HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 onder V; G.J. Visser, WPNR 5409 (1977), p. 630; P. Rodenburg, NJB 1981/25, p. 644; J.E. Fesevur, Kw.ber. Nieuw BW 1984/0, p. 8. Zie voorts over deze vraag A.L. Croes, WPNR 5326 (1975), p. 807-810; Pr. Onroerend Goed, IG - 40/41; G.T. de Jong, diss., p. 91-96 en hoofdstuk 14.

<sup>37</sup>Noot onder het arrest *Metterwoon/Van Ommen*, onder 3. Vgl. ook J. de Jong (1992), p. 29; Pr. Onroerend Goed, IG - 38/39.

<sup>38</sup>Kleijn, onder 5, mede de Hoge Raad weergevende (r.o. 3.6). Zie in deze zin bijv. Pres. Rb. 's-Hertogenbosch (k.g.) 4 november 1968, NJ 1969, 238 (in welk geval de a.s. hypotheekhouder de (concept-)overdrachtsakte zorgvuldig bestudeerde en om die reden werd beschermd tegen een bij de overdracht verzwegen verhuring); Pres. Rb. Dordrecht (k.g.) 11 november 1964, NJ 1965, 418. Zie voor een geval waarin de hypotheekhouder bekend kon zijn met reeds bestaande onderhuur en dientengevolge een beroep op het huurbeding miste Pres. Rb. Leeuwarden (k.g.) 24 juli 1992, KG 1992, 344. H.J.v.S., *Woonrecht* 1998-6, p. 207 bepleit een radicalere weg: een huurbeding kan tegen een huurder van woonruimte niet worden ingeroepen: 'De huurder wordt in dat geval bij het niet nakomen van de verplichtingen uit de hypotheek door de hypotheekgever altijd beschermd.' S. geeft zelf al aan, t.a.p., dat een dergelijke oplossing de financierbaarheid van huizenkoop niet zal bevorderen.

-uit de arresten *Gay Association/Engelen* en *Metterwoon/Van Ommen* kan op het eerste gezicht afgeleid worden, dat een hypotheekhouder bij de hypotheekverlening de transportakte, waarbij de koper/hypotheekgever het onder te zetten goed in eigendom verkrijgt, moet bestuderen. Doet hij dit voldoende, zoals in het arrest *Gay Association/Engelen*, waar in de transportakte het pand als 'onverhuurd' werd aangeduid, dan komt de onkenbaarheid van het huurrecht voor risico van de huurder (die zal moeten ontruimen). Maar, zo kan men beweren, de omstandigheid dat de huurder in kwestie had gehuurd van een niet-eigenaar zonder het veronderstelde eigenaarschap in de openbare registers te verifiëren, speelde een minstens zo grote rol bij de vaststelling van de gevolgen van de onkenbaarheid van het huurrecht. In het arrest *Metterwoon/Van Ommen* onderzocht de hypotheekhouder de transportakte (vermelding: 'pand verhuurd') onvoldoende en kwam de bestaande verhuur voor zijn risico (hij moest het huurrecht respecteren). In dat geval was echter minstens zo belangrijk dat de eigenaresse, die later - na verkoop - huurster van het goed werd, de nodige zorgvuldigheid had betracht (vermelding in de transportakte dat het goed was verhuurd). En hoe zou de beslissing zijn uitgevallen, indien ook deze eigenaresse op enigerlei wijze onvoor-zichtig zou hebben gehandeld?<sup>39</sup> Zou de onbevoegde verhuur dan voor risico van de hypotheekhouder of juist van de huurder zijn gekomen?

-Over de juridische interpretatie van de feiten en omstandigheden kan men danig van mening verschillen. Zo komt in het arrest *Gay Association/Engelen* het Hof op basis van het feitenonderzoek tot het oordeel, dat de hypotheekhouder niet bedacht behoefde te zijn op de huurovereenkomst die was gesloten voordat de hypotheekgever beschikkingsbevoegd was geworden.<sup>40</sup> Slechts de transport- en de hypotheekakte zijn als gegevens voorhanden (in de transportakte verklaart de verkoper, die tevens hypotheeknemer is bij de daarop volgende hypotheekstelling, dat het verkochte niet is verhuurd). Ook anderszins is niet gebleken dat de hypotheekhouder rekening behoefde te houden met een huurovereenkomst die reeds bestond op het moment van het transport en de hypotheekverlening. De Hoge Raad ziet geen reden dit feitelijke oordeel aan te tasten.

Huijgen<sup>41</sup> trekt het oordeel echter in twijfel op de mijns inziens goede grond, dat de huurster (de *Stichting Gay Association*, die huurde van de koper *Mercur CV*) vóór de eigendoms-overdracht en de hypotheekvestiging reeds het feitelijk genot van het gehuurde had verkregen van de verkoper (*Ter Borch BV*)<sup>42</sup>, zulks terwijl de verkoper zélf de hypotheekhouder zou worden. Schrijver leidt hieruit af dat de hypotheekhouder (die als verkoper in de transportakte verklaarde dat het pand niet verhuurd zou zijn) wel degelijk op die huur bedacht had kunnen (en moeten) zijn. Het is dan merkwaardig dat in deze omstandigheden de hypotheekhouder beschermd wordt (ten koste van de huurster) en niet de huurster.

<sup>39</sup>Vgl. in deze zin ook Kleijn, noot onder het arrest *Metterwoon/Van Ommen*, onder 3 en noot onder het arrest *Gay Association/Engelen*, onder 5.

<sup>40</sup>NJ 1992, 262, r.o. 4.11. Een ander voorstel tot huurdersbescherming dat H.J.v.S., *Woonrecht* 1998-6, p. 207-208 aandraagt (zie ook hierboven, noot 38), is een huurdersadministratie te doen gaan bijhouden door de Gemeentelijke basisadministratie, een instantie waar de hypotheekhouder - op straffe van verlies van de mogelijkheid te goeder trouw te kunnen zijn - een onderzoek naar het al of niet verhuurd zijn van een te verhypothekeren goed moet instellen.

<sup>41</sup>NTBR 1992/4, p. 141 r.k.

<sup>42</sup>Zie de beschrijving van de casus, hierboven, bij noot 16.

## (ON)KENBAARHEID VAN HET HUURRECHT

Huijgen haalt ter ondersteuning van deze conclusie het arrest Christenhusz/Brunsveld aan<sup>43</sup>, waarin de Hoge Raad uitmaakt dat een hypotheekhouder in beginsel zélf een onderzoek moet instellen naar het al of niet verhuurd zijn van het pand (in dat arrest betrof het een voorgenomen executie).<sup>44</sup> Het feit dat de koper/verhuurder de verhuur had moeten mededelen aan de verkoper bij de eigendomsoverdracht, doet aan de mogelijkheid van onderzoek door de hypotheekhouder in deze casus niet af, aldus Huijgen.

A-G Hartkamp stelt in zijn conclusie voor het arrest Gay Association/Engelen<sup>45</sup> dat de combinatie van de genoemde feiten (de verkoper in dit arrest is tevens de hypotheekhouder, de verkoper heeft het feitelijk genot over zijn goed reeds vóór de eigendomsoverdracht afgestaan aan de koper, die het goed prompt verhuurde en vervolgens bij de hypotheekverlening die verhuur verzweeg) wel een rol kan spelen. Dat is dan echter afhankelijk van de omstandigheden van het geval,

‘bijv. in verband met de beperkende werking van de goede trouw, of in verband met de derdenbeschermingsregel van art. 3:36, indien de eigenaar de door derden in te roepen schijn heeft gewekt dat de toekomstige verkrijger de vrije hand heeft om het pand reeds te verhuren (...).’

A-G Hartkamp verwijst vervolgens naar een arrest uit 1982, waarin de Hoge Raad in een overweging ten overvloede aangeeft, dat wel sprake kan zijn van bescherming op de voet van art. 3:36 BW (art. 1910 Oud BW).<sup>46</sup> Voor de casus van Gay Association/Engelen acht de A-G art. 3:36 BW niet van toepassing; het Hof heeft (in cassatie onbestreden) het beroep op de goede trouw van de huurders verworpen en bovendien belang toegekend aan de verklaring van de verkoper in de transportakte, dat het pand ‘onverhuurd’ werd overgedragen. Deze verklaring mocht in dit geval in het voordeel van de verkoper werken; op deze wijze neutraliseert de verklaring

‘de eerder verleende en op het ogenblik van het transport haar volle werking verkrijgende huur’(...),

---

<sup>43</sup>Huijgen, t.a.p.; arrest van de Hoge Raad van 2 juni 1989, NJ 1990, 253 m.n. WMK. Zie over dit arrest ook A.J.H. Pleysier, Bb. 1989/nr. 16, p. 179-180; A.A. van Velten, Kw.ber. Nieuw BW 1990/1, p. 24-25.

<sup>44</sup>Vgl. A-G Hartkamp, conclusie voor het arrest Gay Association/Engelen, NJ 1992, 262, onder 14, die stelt dat de hypotheekhouder ook op de consequenties van een jegens hem onbevoegde huur verdacht moet zijn, blijkens het arrest Christenhusz/Brunsveld.

<sup>45</sup>A.w., onder 15.

<sup>46</sup>HR 5 februari 1982, NJ 1982, 471 (Ordemans/Te Brake), r.o. 3; zie ook de noot van W.M. Kleijn onder het arrest, onder 4. De Hoge Raad overweegt t.a.p.: ‘Een en ander doet niet af aan de bevoegdheid van de rechter om aan een eerdere rechterlijke vastlegging van een pachtovereenkomst bewijs te ontfemen met betrekking tot de aanvang van de pacht, zoals Rb. en Hof in deze ook hebben gedaan, of om betekenis toe te kennen aan het vertrouwen dat de pachter vóór de verkoop eventueel bij de koper omtrent de aanvang van de pacht heeft gewekt, waaromtrent in deze zaak niets is aangevoerd.’ Zie voor een andere mogelijke toepassing van art. 3:36 BW Dozy/Jacobs (1999), p. 153-154, besprekende het geval waarin het de huurder zou zijn die de schijn van onverhuurd zijn in het leven riep. Vgl. over de rol van art. 3:36 BW (art. 1910 Oud BW) ook W.M. Kleijn, in: Gratia Commercii (1981), p. 111-112. Op deze rol zijn onlangs ook vragen gericht door de vaste commissie voor Justitie bij de vaststelling van titel 7.4 (Huur) van het Burgerlijk Wetboek, zie TK 26 089, nr. 5, p. 15 (alwaar waarschijnlijk abusievelijk wordt gesproken van art. 6:36 BW); vgl. ook de opmerkingen van N.M. van der Horst, N ZBR 1999/3, p. 88.

aldus A-G Hartkamp<sup>47</sup>;

-een onderzoeksplicht van de hypotheekhouder zou kunnen worden voorkomen, zo kan men redeneren, indien een beroep door de hypotheekhouder op art. 3:36 BW zou openstaan. Dit artikel opent de mogelijkheid, merkt A-G Hartkamp op<sup>48</sup>, dat aan de huurder de schijn wordt toegerekend dat het pand nog niet is verhuurd. Dit zal het geval zijn wanneer de huurder het pand nog niet heeft betrokken terwijl dat al wel mogelijk was (de eigenaar heeft het reeds verlaten) of wanneer de huurder het verhuurd zijn niet (voldoende) kenbaar heeft gemaakt. Een hypotheekhouder of een koper die op deze schijn afgaat, zou in die situaties beschermd dienen te worden. Art. 3:36 BW biedt aldus een aanknopingspunt voor de stelling, dat een eerdere huurovereenkomst die voor een koper of hypotheekhouder niet kenbaar is, tegen dezen niet ex art. 7A:1612 BW kan worden ingeroepen (zie over deze mening nader hieronder, 4c). Toch wijst Hartkamp deze redenering af voor (uitzonderings-) gevallen als in de beide arresten aan de orde, waarin een (aspirant-) koper een pand verhuurt nog vóór hij de eigendom daarvan verkrijgt. In normale gevallen namelijk zal een huurder het gehuurde eerst kunnen betrekken wanneer de eigenaar het heeft verlaten (bij de eigendomsoverdracht) en zal art. 3:36 BW geen toepassing kunnen vinden. De regel omtrent het niet-verplicht kunnen zijn om een huurovereenkomst die men niet kent, te respecteren, zou Hartkamp echter juist en vooral voor de normale situaties willen doen gelden, niet slechts voor de atypische.

#### 4c. *Het genot van het gehuurde*<sup>49</sup>

Er is een derde oorzaak van de onmogelijkheid om voor het huidige recht eenduidig de gevolgen te schetsen van onkenbaarheid van het huurrecht. Het is namelijk omstreden of het enkele sluiten van de huurovereenkomst het huurrecht doet voorgaan boven een later te verlenen hypotheekrecht. Moet de huurder in het genot van het gehuurde zijn om beschermd te worden door art. 7A:1612 BW?

Eenzijds is er het standpunt, dat de eerdere huurovereenkomst steeds prevaleert boven het latere hypotheekrecht, dat wil zeggen, het huurrecht gaat ook voor wanneer de huurder zich nog niet feitelijk in het gehuurde bevindt ten tijde van de hypotheekverlening en -vestiging. Anderzijds kan waarde gehecht worden aan kenbaarheid van het eerdere huurrecht: een eerder huurrecht gaat alleen dan voor, wanneer de hypotheekhouder van het huurrecht op de hoogte kan zijn.<sup>50</sup> Als argument voor de laatste opvatting (kenbaarheid vereist) is de financierbaarheid van registergoederen aan te voeren. Als argument voor de eerste opvatting (enkele huurcontract

<sup>47</sup>Conclusie voor het arrest *Gay Association/Engelen*, NJ 1992, 262, onder 15. De verkrijging van de volle werking van de huur wijst de A-G even eerder (onder 10) af als een argument voor de stelling, door de huurders naar voren gebracht, dat door het geldig worden van de huur in een duidelijk afgebakend (en dus niet een ondeelbaar) moment, namelijk bij het inschrijven van de transportakte voorafgaand aan het inschrijven van de hypotheekakte houdende het huurbeding, het huurrecht ouder is dan het hypotheekrecht. Mijns inziens gaat het niet aan dit beroep in dit geval terzijde te stellen, zoals de A-G en de Hoge Raad (impliciet) doen: in vergelijkbare gevallen, waarin toekomstige zaken of rechten worden overgedragen dan wel verpand, zou de redenering volstrekt valide zijn.

<sup>48</sup>A.w., onder 17.

<sup>49</sup>Zie voor de verwante vraag in het pachtrecht, *Pachtwet (Houwing/Heisterkamp)*, Art. 34, nr. 421.

<sup>50</sup>Zie bijv. de literatuur genoemd bij Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 93, 94 en A-G Hartkamp, conclusie voor NJ 1992, 262, *Gay Association/Engelen*, onder 14 en 17.

## (ON)KENBAARHEID VAN HET HUURRECHT

schept reeds voorrang) kan de bescherming van het woonbelang van de huurder aangevoerd worden (zie de rechtspolitieke uitgangspunten, hierboven onder 4a weergegeven).

De vraag of de huurder in het genot van het gehuurde moet zijn om beschermd te worden door art. 7A:1612 BW komt hieronder uitgebreid aan de orde (par. 5.4.2), wanneer - vooral aan de hand van deze vraag - zal worden onderzocht of een eenduidige regel voor de gevallen van onkenbare huur wellicht kan worden afgeleid uit het geval waar art. 7A:1612 BW eigenlijk voor is geschreven: 'koop-na-huur'.

### *5. Voorlopige conclusie voor de situatie 'hypotheek-na-huur'*

Na toetsing van de arresten *Gay Association/Engelen* en *Metterwoon/Van Ommen* aan de hoofdregel kan slechts worden geconcludeerd, dat het risico van een bestaande huurovereenkomst ten tijde van hypotheekverlening en/of vestiging niet steeds op de hypotheekhouder behoeft te rusten. Wanneer dit het geval zal zijn, is echter niet in algemene zin aan te geven. Rechtspolitieke uitgangspunten, alsmede de mate waarin de hypotheekhouder en/of de huurder onderzoek heeft verricht of had kunnen verrichten, kunnen een belangrijke rol spelen. Ook overige feitelijke omstandigheden, zoals de mogelijkheid dat de verhuurder ten tijde van de verhuur (nog) geen juridisch eigenaar is, de hypotheekgever de eerdere verhuur verzwijgt en/of de huurder nog niet in het genot van het gehuurde is, kunnen (groot) gewicht in de schaal leggen.

Intussen moet onder ogen worden gezien dat de redeneringen in deze situatie - bestaande verhuur ten tijde van verhypothekering - alle beginnen met en bij art. 7A:1612 BW. Analoog aan de oplossing die dit artikel geeft voor de situatie 'bestaande verhuur ten tijde van 'verkoop' (eigendomsovergang)', draagt de hypotheekhouder in beginsel het risico van reeds bestaande verhuur. Met het oog op deze constatering kan wellicht meer duidelijkheid worden verkregen indien te rade wordt gegaan bij die eigenlijke, door art. 7A:1612 BW bestreken situatie.

## **5.4. De situatie 'koop-na-huur'**

### *5.4.1. Problematiek*

Onduidelijkheid omtrent de vraag, wie het risico moet dragen van een onkenbaar huurrecht, bestaat ook in de situatie waarvoor art. 7A:1612 BW eigenlijk is geschreven, 'koop breekt geen huur' (lees: 'eigendomsoverdracht-na-huur'). Weliswaar geldt voor deze oorspronkelijke art. 7A:1612 BW-situatie hetzelfde als voor het hierboven beschreven geval 'hypotheek-na-huur': art. 7A:1612 BW is slechts zonder meer van toepassing indien aan drie voorwaarden wordt voldaan (vgl. de drie voorwaarden, hierboven in paragraaf 5.3 genoemd): (i) een juridisch eigenaar gaat de huurovereenkomst aan, (ii) de huurder verblijft ten tijde van de latere 'koop' (eigendomsoverdracht) feitelijk in het gehuurde, (iii) de nieuwe eigenaar is daadwerkelijk op de hoogte van de eerdere verhuur. Evenals in de vorige twee paragrafen geldt ook hier: zodra wordt afgeweken van één van de voorwaarden, dienen onduidelijkheid en rechtsonzekerheid zich aan.



Bij een mogelijke afwijking van de voorwaarden springt de mogelijke (on)bekendheid met de verhuur bij de koper direct in het oog.<sup>51</sup> Het meest pregnant komt de al dan niet bestaande wetenschap tot uiting in twee, soms nauwelijks te onderscheiden vragen:

1. moet de huurder in het feitelijk genot van het gehuurde zijn voor toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW<sup>52</sup> en

2. zo ja, wanneer: ten tijde van de verkoop en/of de levering (eigendomsovergang)? Deze vraag kan ook als volgt worden geformuleerd: wat bedoelt art. 7A:1612 BW met 'eene tevoren aangegane huur'? Doelt het artikel op een vóór de verkoop of vóór de levering (of tussen die momenten) aangegane huurovereenkomst?

Uit hetgeen over deze vragen is geschreven, laten zich drie opvattingen afleiden<sup>53</sup>:

1. het tijdstip van de levering (eigendomsovergang) is het bepalende moment voor de werking van art. 7A:1612 BW; de huurder hoeft voor toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW niet in het genot van het gehuurde te zijn;

2. het tijdstip van de levering (eigendomsovergang) is het bepalende moment voor de werking van art. 7A:1612 BW, maar de huurder moet voor toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW alsdan wél in het genot van het gehuurde zijn;

3. het tijdstip van de verkoop (en niet de levering) is het bepalende moment voor de werking van art. 7A:1612 BW; de huurder hoeft voor toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW niet in het genot van het gehuurde te zijn.

Geen van de drie opvattingen, zo zal hierna uit de analyse blijken, kan bogen op algemene gelding. De vraag wie het risico moet dragen van een bestaand (maar onkenbaar) huurrecht indien het verhuurde goed ná de verhuuring in eigendom wordt overgedragen - de door art. 7A:1612 BW bestreken basissituatie -, zorgt daarmee onder omstandigheden voor grote rechtsonzekerheid.

Uit het vorenstaande blijkt reeds, dat over deze eigenlijke 'art. 7A:1612 BW'-gevallen meer is nagedacht door wetgever, Hoge Raad en literatuur dan over 'hypotheek-na-huur' en 'huur-na-hypotheek' tezamen. Toch staat de beschreven onduidelijkheid er aan in de weg, dat zich voor de laatstgenoemde situaties regels laten afleiden uit de eigenlijke art. 7A:1612 BW-gevallen. Regels die mogelijk gelden voor de (rechts)verhouding tussen een koper en een huurder, blijken bijzonder moeilijk toepasbaar te zijn op de botsing tussen een hypotheek-

<sup>51</sup>Zie bijvoorbeeld A-G Hartkamp, conclusie voor het arrest *Gay Association/Engelen*, NJ 1992, 262, onder 17: '(...) dat op de regel dat een bestaande huur steeds aan de hypotheekhouder en aan de koper van het verhuurde huis kan worden tegengeworpen, een uitzondering zou worden aanvaard voor het geval dat de huur op het ogenblik van de hypotheekverlening of van de koop (dan wel van de vestiging of de overdracht) voor deze derden niet kenbaar is.'

<sup>52</sup>Eggen, *De retentor en art. 2014 B.W.*, VPO I, p. 304, geeft in dit verband het voorbeeld van een verlofganger uit Indië, die zich bij de huurovereenkomst voorstelt na repatriëring het rustig en vreedzaam genot van de zaak te hebben. Schrage, *Koop breekt geen huur*, p. 1, beschrijft een rechtszaak uit 1981: een zeeman huurde en meubelleerde een verdieping in Amsterdam en verbleef daar tussen zijn reizen door, tot hij op een dag de verdieping leeg aantrof. Zijn meubilair en de stoffering was verdwenen, en iemand, die zich voorstelde als de nieuwe eigenaar, was doende het pleisterwerk te verwijderen. De nieuwe eigenaar had het pand 'vrij van huur' gekocht en geleverd gekregen.

<sup>53</sup>De opvattingen worden hierna, bij de analyse, uitvoerig besproken. Dozy, *Handboek Huurrecht*, Art. 1612, aant. 5d onderscheidt vijf *situaties*; deze gaan impliciet echter alle uit van de tweede opvatting. Verwezen mag worden naar de hieronder volgende analyse.

houder en een huurder. Zoals gezegd, hieronder in de analyse zal één en ander nader worden uiteengezet.

#### 5.4.2. Analyse

##### 1. Inleiding

In de voorgaande twee paragrafen was vooral de vraag aan de orde naar de gevolgen voor de hypotheekhouder van een voor hem onkenbaar huurrecht. Wat is rechtens, indien hij niet op de hoogte is of kan zijn van de eerdere of latere verhuur? Een vergelijking met de eigenlijke 'art. 7A:1612 BW-situatie' ('koop-na-huur') ligt dan voor de hand: hier namelijk kan het de koper zijn die onwetend is en wellicht mag zijn ten aanzien van het kennelijk bestaande huurrecht. In het onderstaande zal die vergelijking worden gemaakt (onderdeel 2-4), aan de hand van de drie hierboven reeds aangeduide opvattingen over de vraag of en op welk moment de huurder zich in het genot van het gehuurde moet bevinden om voor de bescherming van art. 7A:1612 BW in aanmerking te komen.<sup>54</sup> Daarbij zal telkens eerst onderzocht worden hoe de gevolgen van de onkenbaarheid van het huurrecht uitvallen in de eigenlijke art. 7A:1612 BW-situatie ('botsing huurder met latere 'koper)'). De belangrijkste argumenten vóór en tegen de betreffende opvatting komen afzonderlijk aan de orde. Vervolgens zal, wederom 'per opvatting', worden gezien of en in hoeverre het verkregen resultaat toepasbaar is op de situaties 'hypotheek-na-huur' en 'huur-na-hypotheek'.

##### 2. De eerste opvatting: het tijdstip van de levering (eigendomsovergang) is het bepalende moment voor de werking van art. 7A:1612 BW; de huurder hoeft voor toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW niet in het genot van het gehuurde te zijn (wetgever, Hoge Raad en literatuur (deels))

In de hier als eerste te bespreken opvatting is de koper steeds aan een verhuuring gebonden, mits de huurovereenkomst vóór de levering aan hem, de koper, is gesloten. De gebondenheid bestaat ongeacht de vraag of de huurder reeds in het gehuurde verblijft of niet. Zij bestaat ook (of: zelfs), wanneer de huurovereenkomst gesloten wordt ná de koopovereenkomst maar vóór de levering aan de koper. De grens van de werking van art. 7A:1612 BW ligt bij die levering: tot op dat moment moet de koper waakzaam zijn en tot dat moment ook bestaan zijn afhankelijkheid van de goede of kwade trouw van zijn wederpartij bij de koop.

Op dit duidelijke standpunt over het risico van een bestaand maar overigens niet kenbaar huurrecht stelt zich de wetgever van het Ontwerp-BW (art. 7:226, de opvolger van art. 7A:1612 BW), overigens onder verwijzing naar het hieronder weer te geven standpunt van de Hoge Raad in deze.<sup>55</sup> In de literatuur komt men deze opvatting eveneens tegen.<sup>56</sup> De stellingname van de wetgever hangt nauw samen met de ratio van het nieuwe wetsartikel. De toelichting op art.

<sup>54</sup>Zie over deze vraag ook hiervoor, par. 5.3.2, sub 4c.

<sup>55</sup>TK 26 089, nr. 3 (MvT ad art. 7:226 Ontwerp BW), p. 35, verwijzende naar Toelichting Boek 7 ad art. 7.4.4.1 Ontwerp BW (OM), p. 940-941, nrs. 6 en 7; bedoeld wordt op HR 22 februari 1929, NJ 1929, p. 1339 m.n. EMM, W. 11988. In dezelfde zin ook de vaste commissie voor Justitie, TK 26 089, nr. 5, p. 15.

<sup>56</sup>Zie de literatuur te noemen aan het eind van dit onderdeel (bij noot 82 en 84); Vgl. ook Schoordijk (1986), p. 51, 157-158, 385, 412.

7.4.4.1 (Ontwerp Meijers) vermeldt hieromtrent<sup>57</sup>, dat in 'art. 1612' op grond van de billijkheid het belang van de huurder boven dat van de koper wordt gesteld. Met betrekking tot de gebondenheid van een koper aan een hem onbekende verhuur komt daar als grond bij, dat de verzwijging van de verhuur door de verkoper-verhuurder plaatsvindt in diens relatie tot de koper en niet in die tot de huurder.

De beschreven ratio heeft de volgende consequenties. Het persoonlijke recht van de huurder gaat boven het zakelijke recht van de (eigenaar geworden) koper, aldus de wetgever. Dit geldt ook, wanneer de koper ten tijde van de koop en de levering de huurovereenkomst niet kende noch had kunnen kennen. De koper behoudt, wanneer hij zich aan de (onbekende) huur gebonden ziet, zijn aanspraken tegen de verkoper. Het risico van kwade trouw van de verkoper-verhuurder en, meer algemeen, van onjuistheid of onvolledigheid van gegevens door andere oorzaken, rust echter op de koper. Door waakzaamheid en eigen onderzoek kan de koper zijn afhankelijkheid van eventuele kwade trouw van zijn wederpartij beperken, maar voor de werking van art. 7A:1612 BW worden deze omstandigheden 'in het algemeen steeds irrelevant geacht'.<sup>58</sup> De koper is, ongeacht de mate waarin hij voor het verkrijgen van gegevens van de verkoper afhankelijk was, gebonden aan de huurovereenkomst.

De wetgever stelt dat voor het huidige recht<sup>59</sup> de Hoge Raad reeds tot een gelijk oordeel kwam, in de eerste plaats door in 1929 te beslissen dat de huurder die ten tijde van de verkoop of eigendomsovergang nog niet in het genot van het gehuurde is, ook door art. 7A:1612 BW wordt beschermd<sup>60</sup>; in de tweede plaats, door (in 1880 reeds) uit te maken, dat een eigendomsovergang een tevoren aangegane huur niet verbreekt<sup>61</sup> (onder 'tevoren' in art. 7A:1612 BW moet worden verstaan: vóór de levering<sup>62</sup> en onder 'verkoop': 'eigendomsovergang'<sup>63</sup>). Ook voor het pachtrecht moet de eerste opvatting geacht worden te gelden.<sup>64</sup>

<sup>57</sup>Toelichting Boek 7, p. 940-941, mrs. 6 en 7. Zie hiervoor, noot 55.

<sup>58</sup>P. 940.

<sup>59</sup>T.a.p., p. 941, onder 7.

<sup>60</sup>HR 22 februari 1929, NJ 1929, 1339 m.n. EMM, W. 11.988 m.n. HDJ.

<sup>61</sup>HR 4 juni 1880, W. 4520; herhaald in o.a. HR 9 november 1906, W. 8453 en HR 22 februari 1929, NJ 1929, 1339 m.n. EMM, W. 11.988 m.n. HDJ. Zie voor een rechtspraakoverzicht Toel. Boek 7, p. 939, noot 89 en Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 89 e.v., alwaar ook vindplaatsen van literatuur.

<sup>62</sup>Vgl. Toelichting Boek 7 ad art. 7.4.4.1 Ontwerp BW, p. 941. Nelissen, diss., p. 261-262 geeft de bedoeling van de wetgever weer, die spreekt van 'voor de vervreemding'. Nelissen koppelt de betekenis van 'te voren' overigens vooral aan het bewijs van de huurovereenkomst: de koper moet alleen die eerdere huurovereenkomsten laten voortgaan, waarvan de oudere datum kan worden bewezen door de huurder. Schrijver verwijst naar de wetsgeschiedenis van art. 7A:1612 BW: art. 1743 C.C., van welk artikel art. 7A:1612 BW slechts naar de vorm een verandering moest zijn, eiste bewijs van de eerdere huurovereenkomst bij geschrifte, 'acte authentique ou ayant date certaine'. De Nederlandse wetgever achtte de uitsluiting van mondeling aangegane eerdere huurovereenkomsten, welke uitsluiting het gevolg zou zijn van deze redactie, niet juist en liet de eis van het schriftelijke aangaan vallen, waarmee alleen 'te voren aangegane huur' overbleef.

<sup>63</sup>Men zie het arrest van 1880 en - in gelijke zin - de conclusie van de A-G Polis, weergegeven in WPNR 554 (1880), p. 255, r.k. en 256 r.k. Het college gaat er daarbij van uit, dat art. 7A:1612 BW weliswaar als een voortzetting van art. 1743 C.C. gezien kan worden, maar dat een toepassing van de letterlijke vertaling van het artikel op gespannen voet zou komen te staan met het Nederlandse rechtssysteem. Een handhaving van huur tegen de rechten van een koper uit de koopovereenkomst is in dit rechtssysteem immers overbodig, omdat de koopovereenkomst voor de huurder een res inter alios is. De eigendom gaat in het Nederlandse rechtssysteem eerst op de koper over met de levering,

## (ON)KENBAARHEID VAN HET HUURRECHT

Aan deze arresten kan waarschijnlijk een uitspraak van de Hoge Raad uit 1981 worden toegevoegd.<sup>65</sup> De vraag of de huurder in het genot van het gehuurde moet zijn om beschermd te worden door art. 7A:1612 BW wordt in dit geval impliciet ontkennend beantwoord door de Hoge Raad. De casus is als volgt. Een verkrijger van een *onderverhuurd* pand weet van deze onderhuur niet af ten tijde van zijn verkrijging. Daarentegen is hij wel op de hoogte van de verhuur aan de huurder (onderverhuurder). De verkrijger zegt de huurovereenkomst met de huurder op; de huurder verweert zich (onder andere) met een beroep op een mondeling gedane toezegging van de verhuurder. Deze toezegging houdt in, dat de huurder een door hemzelf verleende optie tot verlenging van de onderhuur gestand zal kunnen doen, indien de onderhuurder van die optie gebruik zal maken. Het geschil spitst zich vervolgens toe op de vraag of de verkrijger gebonden is aan de toezegging door de oorspronkelijke verhuurder. De Hoge Raad antwoordt bevestigend:

‘Aan de werking van art. 1612 staat onkunde van de nieuwe eigenaar omtrent de huurovereenkomst of omtrent later getroffen, de eigenlijke huurverhouding betreffende afspraken als evenbedoeld niet in de weg; de strekking van de bepaling - bescherming van de huurder tegenover de verkrijger - brengt mede dat in hun verhouding het risico dat de oorspronkelijke verhuurder bij de vervreemding van het verhuurde goed de verkrijger omtrent de huurverhouding onjuist of onvolledig voorlicht, voor rekening van de verkrijger komt.’<sup>66</sup>

Uit dit oordeel blijkt dat de Hoge Raad evenals de wetgever voor de werking van art. 7A:1612 BW niet de eis stelt, dat de huurverhouding of bedingen betreffende die verhouding *kenbaar* zijn aan de verkrijger. In het onderhavige geval kan verondersteld worden, dat de onderhuurder feitelijk in het gehuurde pand verbleef. Aan dit feit besteedt de Hoge Raad geen aandacht, maar gezien zijn benadering van art. 7A:1612 BW is dat ook niet (meer) nodig. De koper/verkrijger zal zelf het nodige onderzoek moeten verrichten.

Toch is de vastheid van dit standpunt voor het huidige recht niet boven alle twijfel verheven. In de eerste plaats niet, omdat een Hoge Raad-uitspraak uit 1934<sup>67</sup> aanleiding is geweest de vraag te stellen, of de Hoge Raad niet op de beslissing van 1929 is teruggekomen. In het arrest uit 1934 gaat het (mede) om de vraag of art. 7A:1612 BW ook van toepassing moet zijn op roerende zaken. De Hoge Raad verwijst naar het Ontwerp van 1820: in art. 2606 van dat Ontwerp wordt art. 2605, dat het beginsel ‘koop breekt geen huur’ inhoudt, toepasselijk verklaard op onroerende zaken en op roerende zaken die zich reeds in het bezit van de huurder bevinden. Van Brakel betoogt daarop, dat de Hoge Raad op zijn beslissing van 1929 zou zijn

---

zulks in tegenstelling tot het Franse recht, waar eigendomsovergang plaatsvindt met de verkoop. Gaat men er van uit, dat het beschermingskarakter van de artikelen 1743 C.C. en art. 7A:1612 BW een grens vindt in het moment waarop de koper eigenaar wordt, dan dient in de plaats van ‘verkoop’ in art. 7A:1612 BW inderdaad ‘eigendomsovergang’ gelezen te worden.

<sup>64</sup>Zie art. 34 lid 1 Pw: ‘Bij eigendomsovergang van het verpachte op een derde volgt deze in alle rechten en verplichtingen van de verpachter op.’ Vgl. voorts Pachtwet (Houwing/Heisterkamp), Art. 34, nrs. 418 en 421.

<sup>65</sup>HR 11 december 1981, NJ 1982, 239 m.n. PAS (Van de Veerdonk/Knijnenburg); vgl. in gelijke zin over dit arrest Croes (1991), p. 45-46; Praktijkboek Onroerend goed, IIA-135, p. 110-111.

<sup>66</sup>R.o. 3.

<sup>67</sup>HR 3 oktober 1934, NJ 1934, p. 1562 m.n. PS, W 12 851 m.n. SvB.

teruggekomen.<sup>68</sup> Zijn stelling wordt echter verworpen door Kamphuisen<sup>69</sup> en de wetgever<sup>70</sup>: de Hoge Raad zou alleen hebben uitgesproken, dat in het Ontwerp (het beginsel van) art. 7A:1612 BW ook voor roerende zaken gold. Omtrent een eventuele bezitsei voor de huurder zou de Hoge Raad zich niet hebben uitgelaten (de bezitsei is overigens ook bij roerende zaken een punt van geschil<sup>71</sup>).

De (on)omstotelijkheid van het arrest van 1934 wordt ook in twijfel getrokken door Abas<sup>72</sup>, die verwijst naar de noot onder het arrest van Scholten.<sup>73</sup> Deze merkt op, dat de kwestie omtrent een eventuele bezitsei voor de huurder nog niet is uitgestreden. Abas plaatst naar aanleiding van die opmerking een vraagteken bij het hierboven vermelde beroep door de wetgever van het Ontwerp-BW op het arrest van 1929.

In de tweede plaats kan aangevoerd worden, dat de vraag of alleen de huurder die in het genot van de zaak is, zich op art. 7A:1612 BW kan beroepen, wellicht onderdeel was van een andere, rond 1929 nog spelende vraag, namelijk die naar de werking van art. 7A:1612 BW: ontnemt dit artikel alleen aan de koper het recht om de huurder uit het gehuurde te zetten (het 'expulsierecht', de oude 'enge' leer) of doet het de huurovereenkomst - al dan niet in zijn geheel - op de koper overgaan? Zo betoogt A-G Berger in zijn conclusie voor het arrest van 1929<sup>74</sup>, dat het stellen van een bezitsei voor de huurder reeds daarom verworpen zou moeten worden, omdat de Hoge Raad in een serie arresten<sup>75</sup> uitdrukkelijk de oude, enge leer had verworpen. Met het door de Hoge Raad uitdrukkelijk gehuldigde ruime standpunt, dat de huurovereenkomst als geheel op de koper overgaat, is niet in overeenstemming te brengen de eis, dat de huurder ten tijde van de verkoop/eigendomsvergang in het genot van het gehuurde moet zijn.<sup>76</sup>

Kan men inderdaad aannemen dat de - inmiddels onomstreden<sup>77</sup> - ruime werking op dit punt van art. 7A:1612 BW het stellen van een bezitsei uitsluit? Staat het overgaan van de huurovereenkomst op de koper er aan in de weg om de huurder alleen dan de bescherming van art. 7A:1612 BW te bieden, wanneer hij in het genot van het gehuurde is? Het antwoord op deze vraag lijkt tot dusverre te moeten zijn: het stellen van de bezitsei vloeit niet noodzakelijkerwijze voort uit de ruime werking van art. 7A:1612 BW. Nelissen bepleit weliswaar beide opties (én de ruime werking van art. 7A:1612 BW (de gehele huurovereenkomst gaat over op de huurder, in plaats van dat het artikel de koper het expulsierecht ontnemt<sup>78</sup>), én het stellen van de bezits-

<sup>68</sup>Men zie zijn Leerboek, Tweede deel, p. 99 noot 102 en ook diens annotatie van het arrest in W 12 851.

<sup>69</sup>Asser-Kamphuisen-Van Andel (1960), p. 268. In gelijke zin Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 94 en Pachtwet (Houwing/Heisterkamp), Art. 34, nr. 421, noot 2.

<sup>70</sup>Toelichting Boek 7, p. 941 noot 92.

<sup>71</sup>Vgl. Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 98.

<sup>72</sup>Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 94.

<sup>73</sup>NJ 1934, p. 1565.

<sup>74</sup>NJ 1929, p. 1342, ad het zesde cassatiemiddel.

<sup>75</sup>HR 5 november 1896, W. 6882; HR 5 maart 1897, W. 6937; HR 8 december 1922, W. 11044, NJ 1923, 149.

<sup>76</sup>In gelijke zin Meijers in zijn noot onder het arrest van 1929, p. 1344: art. 7A:1612 BW heeft de strekking alle 'eigenlijke huurverbintenissen' op de koper te doen overgaan. Zie voor dit standpunt voorts uitgebreid Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 89-92, 95-96.

<sup>77</sup>Vgl. Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 95-96: thans is het vooral nog de vraag of ook bijzondere bedingen, die niet rechtstreeks betrekking hebben op de huurverhouding, overgaan op de nieuwe verkrijger.

<sup>78</sup>Nelissen, diss., p. 244 e.v., 272.

## (ON)KENBAARHEID VAN HET HUURRECHT

eis<sup>79</sup>), maar Eggens geeft aan dat dit standpunt niet noodzakelijk is<sup>80</sup>: weliswaar bedoelt de Hoge Raad met het arrest van 1929 kennelijk, dat de huurder op grond van art. 7A:1612 BW de rechtsopvolger van zijn verhuurder exceptief kan afweren als deze de revindicatie tegen hem instelt, en zelfs dat hij van de nieuwe eigenaar nakoming van diens verplichtingen als verhuurder kan vorderen, maar daarmee is nog niet gezegd dat de huurder dit zou kunnen vorderen van iedere opvolgende eigenaar, dus ook van hem die niet op de hoogte was van de huur. Eggens doelt hiermee op de situatie, dat de huurder niet in het genot van het gehuurde is.

Aan de opmerkingen van Eggens kan worden toegevoegd, dat in het huidige recht de bezitsei zoals bedoeld door Nelissen, niet wordt gesteld voor de levering van registergoederen (vgl. art. 3:89 en 3:268 BW). Overdracht van juridische eigendom en bezit zijn mogelijk ongeacht de vraag of de huurder zich feitelijk in het gehuurde bevindt of niet. De huurder geldt als houder van het gehuurde (wellicht minder 'bloot' dan in het klassieke recht, maar toch als houder). In het geval de huurder een reeds verhypothekerd goed huurt (met een huurbeding opgenomen in de hypotheekakte), doet hij dat met het risico verwijderd te worden door de eerdere hypotheekhouder. De kenbaarheid voor de huurder van het oudere hypotheekrecht uit de openbare registers speelt hierbij - in ieder geval voor de wetgever en de Hoge Raad - een belangrijke rol.<sup>81</sup>

Afsluitend moet nog worden opgemerkt, dat de opvatting dat de huurder niet in het genot van het gehuurde hoeft te zijn om beschermd te worden door art. 7A:1612 BW (en 34 Pw), vooral wordt aangehangen door de wetgever en de Hoge Raad. In de literatuur is zij schaars, althans in combinatie met het aanmerken van de levering als het bepalende moment voor de werking van art. 7A:1612 BW.<sup>82</sup> In oudere literatuur komt de opvatting, dat de huurder nog niet in het genot van het gehuurde hoeft te zijn, wél voor, maar die (oudere) schrijvers hangen nog de opvatting aan dat het bepalende moment voor de werking van art. 7A:1612 BW de *verkoop* is, niet de levering.<sup>83</sup> Het aanmerken van de levering als het bepalende moment is, los van de bezitsei, wel gemeengoed in de huidige en oudere Nederlandse literatuur<sup>84</sup> (de rechtspraak daarover is, sinds de hiervoor weergegeven arresten, minder talrijk).

---

<sup>79</sup>A.w., p. 258.

<sup>80</sup>De retentor en art. 2014 B.W., VPO I, p. 304-305.

<sup>81</sup>Zie hiervoor, par. 5.2 en 5.3.2 sub 2 en sub 4b.

<sup>82</sup>Asser-Kamphuisen-Van Andel (1960), p. 266-268 komt tot deze combinatie, op grond van een afweging van de belangen van de huurder en de koper: 'en daarbij heeft de wet nu eenmaal ten gunste van de huurder gekozen.' Het verbreken van de huur wegens koop kan verder de huurder, die nog niet in het genot is van het gehuurde, evenzeer duperen als wanneer deze wél reeds in het genot zou zijn. P.A. Stein (1986), p. 105, spreekt van het moment van hypotheekvestiging: alsdan hoeft de huurder niet in het genot van het gehuurde te zijn om beschermd te worden door art. 7A:1612 BW. In dezelfde zin Van Nierop (1937), p. 162-163.

<sup>83</sup>Zo bijvoorbeeld Diephuis XII, p. 162 en Land V, p. 187.

<sup>84</sup>Zie bijv. Nelissen, diss., p. 257 (voor de constatering van het feit dat door een verkoop geen wijziging wordt gebracht in de rechten van een huurder, is een wetsbepaling als art. 7A:1612 BW niet nodig); Van Berckel, diss. (1920), p. 136 (zich beroepende op 'eene vaste rechtspraak (...) gedurende de laatste vijf en twintig jaar'); Van Brakel II, par. 99, p. 100; Asser-Kamphuisen-Van Andel (1960), p. 266; Asser-Abas (HUUR) 5-II, nr. 93. Niet duidelijk hieromtrent is Pido-Croes (1995): op p. 122 wordt eenduidig uitgesproken 'Eigendomsoverdracht breekt geen huur', maar op p. 123 wordt gesteld, dat het artikel geschreven is in het belang van de huurder, '(...) wiens huurrecht is ontstaan vóór de koop (HR 4 januari 1901, W 7544).' Zie ook hiervoor, bij noot 56.

### 2.a. Argumenten voor en tegen de eerste opvatting

De belangrijkste argumenten die pleiten vóór de eerste opvatting zijn, kort weergegeven: de billijkheid (op grond hiervan wordt in art. 7A:1612 BW het belang van de huurder boven dat van de koper gesteld) en het feit, dat de verzwijging van de verhuur door de verkoper/verhuurder plaatsvindt in diens relatie tot de koper en niet in die tot de huurder.<sup>85</sup>

Tegen de opvatting is aan te voeren:

- het systeem van het privaatrecht: wanneer de enkele overeenkomst, die niet naar buiten blijkt, ook werkt tegen derden-verkrijgers van het verhuurde, wordt het rechtssysteem geschonden: overeenkomsten werken immers in beginsel alleen tussen partijen. Fundamentelere beginselen dan dat van art. 7A:1612 worden geschonden, wanneer een koper gebonden wordt geacht aan huurovereenkomsten die hij niet kende noch kon kennen, aldus Abas.<sup>86</sup> Als beginselen noemt deze schrijver: het systeem van het vermogensrecht (de onderscheiding in goederen- en verbintenissenrecht), de billijkheid (Nelissen) en de zorgvuldigheid (Eggens). De goede trouw is daaraan toe te voegen (De Haan<sup>87</sup>);
- het rechtsverkeer wordt opgeofferd aan een overeenkomst, die voor alle derden verborgen is gebleven (Pitlo<sup>88</sup>). Een ongepubliceerd en niet feitelijk kenbaar persoonlijk huurrecht werkt sterker dan een eerder, gepubliceerd goederenrechtelijk recht;
- publiciteit: een wettelijke onderzoeksplicht voor derden-verkrijgers, zoals geformuleerd voor registergoederen in art. 3:23 BW (als nadere invulling van de eisen van goede trouw van art. 3:11 BW), kan met betrekking tot huurovereenkomsten niet geëist worden. Het persoonlijke karakter van huur en het ontbreken van publicatie-eisen voor huurovereenkomsten staan hieraan in de weg.<sup>89</sup> De huurovereenkomst is naar haar aard in beginsel alleen bekend tussen de verkoper en de huurder. De enige vorm van publiciteit bij huur, afgezien van mededeling van de verhuring aan de derde, is de feitelijke toestand. Slechts wanneer een huurder in het genot van het gehuurde is zou gesteld kunnen worden dat de huur kenbaar is aan, of te kennen is voor, de rechtsopvolger van de verhuurder. In sommige gevallen, wanneer een (aanstaande) koper op enige wijze heeft vernomen van een verhuurd zijn van het door hem gekochte pand, zou eventueel wel een zeker onderzoek van de koper geëist kunnen worden met het oog op de zorgvuldigheid (art. 6:162) die hij bij zijn verkrijging in acht moet nemen<sup>90</sup>;
- de billijkheid: deze ligt weliswaar ten grondslag aan art. 7A:1612 BW, maar verzet zich hier ook (Nelissen<sup>91</sup>). Te begrijpen is volgens deze schrijver, dat de billijkheid eraan in de weg staat dat een reeds zittende huurder door de nieuwe eigenaar wordt verjaagd. Maar dat op grond van de billijkheid ook de nog niet zittende huurder zou moeten voorgaan boven de

<sup>85</sup>Vgl. hierboven, paragraaf 2, bij de beschrijving van de ratio van art. 7:226 Ontwerp BW (eerder art. 7.4.4.1). Zie voorts Toelichting Boek 7, p. 940-941, nrs. 6 en 7, en ook Pachtwet (Houwing/Heisterkamp), Art. 34, nr. 421 noot 1: ook de pachter heeft recht op bescherming tegen kwade trouw van de verpachter.

<sup>86</sup>Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 94.

<sup>87</sup>De Haan (1969), p. 514; zie voorts Pachtwet (Houwing/Heisterkamp), Art. 34, nr. 421, noot 1.

<sup>88</sup>In: Onroerend goed (1968), p. 245.

<sup>89</sup>Zie over e.e.a. reeds Nelissen, diss., p. 249-251.

<sup>90</sup>Zie over een dergelijke beperkte onderzoeksplicht J. Eggens, De retentor en art. 2014 B.W., VPO I, p. 305.

<sup>91</sup>Diss., p. 258-259.

## (ON)KENBAARHEID VAN HET HUURRECHT

eigenaar, is niet voor te stellen. Zulks zou volgens Nelissen tot de volgende, ongerijmde gevolgtrekking leiden:

‘Als A hetzelfde huis eerst aan B, vervolgens aan C verkoopt, en het daarna aan C levert, kan dan B, zich beroepende op de vroeger aangegane koopovereenkomst, den tweeden koper uit het bezit stooten? Ik geloof niet, dat iemand dit zou durven beweren. Maar B zal het wel kunnen zoo hij huurder is!’<sup>92</sup>.

### *2.b. Toepassing van de eerste opvatting op de situaties ‘hypotheek-na-huur’ en ‘huur-na-hypotheek’*

Een vergelijking tussen de hier beschreven opvatting en de eerder, in paragraaf 5.2 en 5.3 behandelde gevallen van ‘huur-na-hypotheek’ en ‘hypotheek-na-huur’ leert het volgende.

- a. Op het eerste gezicht stemt de hier beschreven leer omtrent art. 7A:1612 BW - de koper draagt het volle risico van eerdere verhuur, kenbaar of niet - overeen met de hoofdregel voor de situatie ‘hypotheek-na-huur’: een later hypotheekrecht kan aan een eerder huurrecht in beginsel geen afbreuk doen.<sup>93</sup> De overeenstemming is niet verwonderlijk, omdat de laatstgenoemde regel is gebaseerd op hetgeen krachtens art. 7A:1612 BW geldt voor ‘koop-na-huur’.
- b. Bij nadere beschouwing is het echter geheel niet duidelijk óf deze leer omtrent art. 7A:1612 BW wel moet worden toegepast op de situatie ‘hypotheek-na-huur’. In dat geval zou de hypotheekhouder de eerdere huur óók moeten dulden wanneer zijn hypotheekrecht wordt verleend vóór de verhuur (maar daarna door inschrijving wordt gevestigd) of wanneer de huurder nog niet in het genot is van het gehuurde ten tijde van de hypotheekverlening c.q. -vestiging. Zo eenvoudig kan dat echter niet worden aangenomen. Feitelijke omstandigheden als bestaande wetenschap of juist onkunde van de eerdere verhuur, dan wel een (al dan niet bestaande c.q. nagekomen) onderzoeksplicht van de hypotheekhouder en/of de huurder, kunnen een onverwacht gewicht in de schaal leggen. Men zie de bespreking hiervoor, in paragraaf 5.3, van de arresten *Gay Association/Engelen* en *Metterwoon/Van Ommen*.
- c. Onduidelijk is ook of de hier beschreven opvatting over art. 7A:1612 BW - de koper draagt het volle risico van eerdere verhuur, kenbaar of niet - moet gelden in het geval de verhuurder bij het sluiten van de huurovereenkomst nog geen eigenaar is van het goed. Dit laatste speelt eveneens in het eerder aangehaalde arrest *Gay Association/Engelen*. De Hoge Raad oordeelt daarin, dat de huurder in dat geval de bescherming van art. 7A:1612 BW moet ontberen, mede omdat hij in de openbare registers kan zien dat zijn wederpartij onbevoegd is te verhuren. Kan deze beslissing ook worden toegepast op de situatie ‘koop-na-huur’, of moet zij beperkt worden tot de botsing tussen een hypotheekhouder en een huurder? Immers, in het arrest wordt (mede) een beroep gedaan op het huurbeding (door de koper van de hypotheekhouder), waarbij de Hoge Raad niet alleen de strekking van dat beding, maar

---

<sup>92</sup>Nelissen, diss., p. 259; vgl. in dezelfde zin Schoordijk (1986), p. 412.

<sup>93</sup>Van Nierop (1937), p. 162-163 komt tot deze toepassing: de hypotheekhouder moet eerdere, ook mondeling aangegane huur respecteren. ‘Slechts in het geval dat deze huur beweerd wordt te zijn aangegaan na het sluiten der hypotheek, kan mondelinge huur niet worden tegengeworpen aan den hypotheekhouder, die het beding van art. 1230 heeft gemaakt.’



ook het achterliggende belang van een voldoende financierbaarheid van registergoederen uitdrukkelijk meeweegt.

- d. Een raadsel blijkt zelfs verscholen te gaan achter de vraag of en in hoeverre een huurder de openbare registers moet raadplegen om beschermd te worden door art. 7A:1612 BW.<sup>94</sup> In de situatie 'hypotheek-na-huur' geldt de op art. 7A:1612 BW gebaseerde hoofdregel: de huurder heeft voorrang boven de hypotheekhouder (geen onderzoek nodig; er zou ook niets te vinden zijn in de registers). In de heersende opvatting geldt de voorrang van de huurder ook in de situatie 'huur-na-hypotheek', dus indien het huurrecht tot stand komt ná de vestiging van het hypotheekrecht (en het niet betreft een nieuwe verhuur op gelijke voorwaarden als een eerdere, ten tijde van de hypotheekvestiging reeds bestaande verhuur, vgl. art. 3:264 lid 4 BW). In beginsel wordt de eenduidigheid van de art. 7A:1612 BW-leer - de koper draagt het risico van eerdere verhuur, kenbaar of niet - daarmee versterkt: de hypotheekhouder draagt het risico van eerdere én latere verhuur. Van de huurder kan een gang naar de openbare registers niet verwacht worden, zo wordt algemeen gesteld.<sup>95</sup>

De hypotheekhouder kan intussen trachten de nadelen van een latere verhuur te voorkomen door een huurbeding te maken en - bij executie - in te roepen. Kennelijk is het in de situatie 'huur-na-hypotheek' niet van belang, dat de huurder in de openbare registers had kunnen zien, dat het te huren goed was verhypothekend. In het arrest *Gay Association* oordeelt de Hoge Raad echter, dat zulk een raadpleging van de registers wél van de huurder verwacht kan worden indien er een huurbeding gemaakt is (dit is wel heel wonderlijk: hoe moet de huurder van het bestaan van een huurbeding op de hoogte zijn, anders dan door raadpleging van de registers?). Het huurbedingartikel (art. 1230 oud BW, art. 3:264 BW) gaat van een dergelijke raadpleging uit, aldus de Hoge Raad. Onderzoekt de huurder die registers niet - in het betreffende arrest had de huurder aldus kunnen ontdekken dat zijn wederpartij, de verhuurder, nog geen eigenaar was van het te huren pand - dan moet hij in beginsel met de mogelijkheid van ontruimingsvorderingen door derden rekening houden.<sup>96</sup>

Gesteld kan nu worden dat de vraag of en zo ja, wanneer een huurder de registers moet raadplegen, voorzien is van een innerlijk tegenstrijdig antwoord: in gelijke gevallen (eerdere hypotheek kenbaar uit de registers, niet-eigenaarschap kenbaar uit de registers) komt niet-raadpleging de ene keer niet voor zijn rekening (hypotheek), de andere keer wel (niet-eigenaarschap). Naar de oorzaak van deze tegenstrijdigheid moet men gissen. Mogelijk speelt de ruime werking die aan art. 7A:1612 BW wordt toegekend een rol (werking ook in de situatie 'huur-na-hypotheek'). Dit zou bevestigd worden door een uitspraak als van de Hoge Raad in de zaak *Gay Association/Engelen*, dat art. 1230 (oud) BW uitgaat van een raadpleging door de huurder van de openbare registers. Hoe anders is die ruime werking van art. 7A:1612 BW te verklaren?

- e. Is toepassing van de eerste opvatting op de situatie 'hypotheek-na-huur' al zeer twijfelachtig, zoals hierboven blijkt, een herleiding naar de situatie 'huur-na-hypotheek' is vrijwel ondenkbaar. Immers, het tijdstip van de levering (eigendomsovergang) moet in die opvatting het bepalende moment voor de werking van art. 7A:1612 BW zijn. De levering zal er echter één zijn ingevolge een executoriale verkoop en na die verkoop bestaat het hypotheekrecht niet meer. Wel is er, ook bij een executoriale verkoop, sprake van 'koop-na-huur' en komt

<sup>94</sup>Zie over deze vraag ook hoofdstuk 9, par. 9.6.2.

<sup>95</sup>Zie hiervoor, par. 5.3.2 sub 2 en sub 4b en hierna, hoofdstuk 9, par. 9.6.2.

<sup>96</sup>NJ 1992, 262, r.o. 3.6. Zie voorts hiervoor, bij noot 34.

## (ON)KENBAARHEID VAN HET HUURRECHT

de bestaande huur in de eerste opvatting voor risico van de 'koper'. Uit deze constatering echter, die geldt voor de botsing tussen de koper en de huurder, is geen regel af te leiden voor de botsing tussen de hypotheekhouder en de huurder, tenzij men als volgt redeneert: de hypotheekhouder is met zijn aan het huurrecht *anterieure* recht verplicht om dat huurrecht te respecteren, omdat de koper met zijn aan het huurrecht *posterieure* recht daaraan gebonden is. Dat de laatste redenering volstrekt invalide is, behoeft geen betoog. (Toch stemt zij, merkwaardig genoeg, overeen met de algemene opvatting, waarin een hypotheekhouder een latere verhuring in beginsel wél tegen zich moet laten gelden, tenzij hij zich op een gemaakt huurbeding beroept. Dit resultaat wordt algemeen teruggevoerd op art. 7A:16-12 BW, dat op de confrontatie van een hypotheekhouder met een latere huurder ook van toepassing wordt geacht).

De conclusie uit de vorenstaande vergelijking is de volgende. In de eerste opvatting geldt: de koper draagt het volle risico van eerdere verhuur, kenbaar of niet; de huurovereenkomst die gesloten is vóór de levering aan de koper doet de huurder voorgaan, ook wanneer deze nog niet in het genot is van het gehuurde. Dit resultaat stemt op het eerste gezicht overeen met de geldende benadering (op art. 7A:1612 BW gebaseerd) van de situatie 'hypotheek-na-huur': een later totstandgekomen hypotheekrecht kan aan een eerdere verhuring geen afbreuk doen. Bij nadere beschouwing is het echter - voorzichtig uitgedrukt - zeer twijfelachtig of de eerste opvatting aanleiding kan zijn tot of een verklaring kan bieden voor het feit, dat de hypotheekhouder, evenals de koper, geacht wordt in beginsel over de gehele linie het risico van eerdere en/of latere verhuur te moeten dragen.

### *3. De tweede opvatting: het tijdstip van de levering (eigendomsovergang) is het bepalende moment voor de werking van art. 7A:1612 BW, maar beschermd wordt alleen de huurder wiens recht de rechtsopvolger kende of kon kennen (Nelissen e.a.)*

Een aantal schrijvers (Nelissen, Meijers, Eggens, Pitlo, Abas<sup>97</sup>) geeft aan, dat art. 7A:1612 BW zijn grens behoort te vinden in de kenbaarheid van de huur bij de koper. Het risico van kwade trouw bij de verkoper/verhuurder ligt dan bij de huurder; deze kan, wanneer hij het gehuurde goed nog niet onder zich heeft, tot gedupeerde partij verklaard worden en met een schadevergoedingsactie achterblijven. Het belang van de koper om af te kunnen gaan op hetgeen voor hem kenbaar is, prevaleert boven het belang van de huurder bij een ononderbroken huur.

Eggens verwoordt deze opvatting als volgt<sup>98</sup>: beschermd wordt de huurder wiens recht de rechtsopvolger *kende of kon kennen*. De wetenschap bij die rechtsopvolger kan, behalve uit de feitelijke situatie, ook bestaan op grond van vermelding van de verhuur bij de koopakte. Onder omstandigheden zal op de rechtsopvolger zelfs de plicht kunnen rusten een onderzoek in te stellen naar het bestaan en de omvang van een (eventuele) huurverhouding.<sup>99</sup> Het moment waarop in deze benadering de wetenschap van de huur moet bestaan bij de rechtsopvolger om

---

<sup>97</sup>Nelissen, diss., p. 258-262; E.M. Meijers, noot onder HR 22 februari 1929, NJ 1929, p. 1344; Eggens, De retentor en art. 2014 B.W., VPO I, p. 304-305; Pitlo, in: Onroerend goed (1968), p. 245-247; Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 94. Vgl. ook Croes (1991), p. 45: beschermd wordt alleen de huurder die zich in het feitelijk genot bevindt. In laatstgenoemde zin ook het Duitse recht, par. 571 lid 1 BGB.

<sup>98</sup>Eggens, De retentor en art. 2014 B.W., VPO I, p. 304.

<sup>99</sup>Eggens, a.w., p. 304-305.

art. 7A:1612 BW toepasselijk te doen zijn, is dat waarop deze eigenaar wordt, aldus Eggens.<sup>100</sup> Het moment dus van de levering, wanneer de koper zijn persoonlijke recht (op levering) ziet uitgroeien tot een goederenrechtelijk recht (eigendom).

Als Eggens betogen ook Pitlo<sup>101</sup> en Abas<sup>102</sup>. Pitlo stelt:

'Zo (door ook de niet-zittende huurder te laten voorgaan, RW) interpreteert men de bepaling (art. 1612) tot een in hoge mate bizarre.'

Abas is van mening, dat fundamentele beginselen dan dat van art. 7A:1612 BW worden geschonden, wanneer een koper geacht wordt gebonden te zijn aan huurovereenkomsten die hij niet kende noch kon kennen. Abas noemt als beginselen: het systeem van het vermogensrecht (de onderscheiding in goederen- en verbintenissenrecht), de billijkheid (verwijzing naar Nelissen) en de zorgvuldigheid (verwijzing naar Eggens). Ook Pitlo en Abas nemen de levering (eigendomsovergang), en niet de verkoop, als het moment waarop art. 7A:1612 de huur met het recht van de koper (nieuwe eigenaar) confronteert.<sup>103</sup>

De tweede opvatting kan ook in engere zin worden aangeduid als: alleen de zittende of reeds genietende huurder wordt door art. 7A:1612 BW beschermd. Zo bepleit Meijers in 1929<sup>104</sup> een aanpassing van art. 7A:1612 BW voor de huur van huizen in die zin, dat de huurder eerst na 'levering' van het huurogenot zijn recht tegen de koper kan inroepen. Meijers verwijst daarbij naar de (in 1929) voorgestelde regeling in die zin van het pachtrecht. Die regeling (een wetsontwerp) bracht het echter niet tot wet.<sup>105</sup> In het betreffende ontwerp werd ook voorgesteld om pachtovereenkomsten die zijn aangegaan voor meer dan zeven jaren, te doen inschrijven in de openbare registers. Meijers acht een dergelijke voorziening ook bij de huur van huizen op zijn plaats. De opvatting in engere zin is in de rechtspraak een aantal malen uitgesproken.<sup>106</sup> Zij wordt voorts aangehangen door de Duitse wetgever.<sup>107</sup>

<sup>100</sup>A.w., p. 302-303.

<sup>101</sup>In: Onroerend goed (1968), p. 245. Pitlo doet hier op de interpretatie van art. 7A:1612 BW door de Hoge Raad in zijn arrest van 22 februari 1929, NJ 1929, 1339 m.n. EMM, W. 11.988 m.n. HDJ. De Hoge Raad stelde zich op standpunt, dat een huurovereenkomst ook tegen een nieuwe eigenaar werkt wanneer de huurder het gehuurde nog niet onder zich heeft (zie ook p. 246-247).

<sup>102</sup>Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 94.

<sup>103</sup>Pitlo (impliciet), a.w., p. 245; Abas, a.w., nr. 94.

<sup>104</sup>Noot onder HR 22 februari 1929, NJ 1929, p. 1339 (hiervoor, bij de eerste opvatting reeds besproken). Vgl. ook Schoordijk (1986), p. 51, 157-158, 385, 412; Dozy, Handboek Huurrecht, Art. 1612, aant. 5d (situatie 5). Dozy stelt als te hanteren criterium voor, dat de huurder die zich op de dag van de inschrijving van de overdrachtsakte (de voltooiing van de levering) nog niet in het genot van het gehuurde bevindt, geen bescherming krijgt van art. 7A:1612 BW.

<sup>105</sup>Zie over de geschiedenis van dit wetsontwerp bijvoorbeeld Pachtwet (Houwing/Heisterkamp), Art. 34, nr. 421 (art. 34 Pw komt overeen met art. 7A:1612 BW). De opvatting, dat art. 34 Pw ook geldt vóór de levering van het goed aan de pachter, dus voordat deze in het genot van het gepachte is, is tot op heden gehandhaafd (vgl. Pachtwet (Houwing/Heisterkamp), t.a.p.).

<sup>106</sup>Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam in drie uitspraken: 18 juli 1917, NJ 1918, p. 557-559; 6 mei 1921, NJ 1922, p. 730; 11 mei 1928, NJ 1928, p. 725. Zie voorts de bespreking bij Eggens, De retentor en art. 2014 B.W. VPO I, p. 304-305 en Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 94.

<sup>107</sup>Par. 571 BGB; vgl. hierover reeds E.M. Meijers, noot onder HR 22 februari 1929, NJ 1929, p. 1344 en voorts

*3.a. Argumenten voor en tegen de tweede opvatting*

Vóór de tweede opvatting kan in de eerste plaats als argument worden aangevoerd, dat het publiciteits- of kenbaarheidsbeginsel zowel bij registergoederen als bij roerende zaken<sup>108</sup> eerst een rol speelt bij de levering, niet bij de koop; eerst bij de levering is er sprake van een confrontatie van een persoonlijk huurrecht met een eigendoms- (of ander goederenrechtelijk) recht.<sup>109</sup>

Een tweede argument vóór de tweede opvatting is af te leiden uit art. 3:11 BW, handelende over de goede trouw van de verkrijger. Indien deze te goeder trouw moet zijn op het moment dat het in dit artikel genoemde rechtsgevolg intreedt, is dat moment de levering. Bij gebreke van aflevering aan de huurder ontbreekt voor de koper de waarschuwing dat het verkochte wellicht verhuurd is.

Tegen de tweede opvatting is de billijkheid volledig in stelling te brengen:

-het rechtsverkeer wordt, wanneer de bescherming van art. 7A:1612 BW haar grens vindt in voor de rechtsopvolger onkenbare huur, geofferd aan een (koop)overeenkomst die voor één derde, de huurder, verborgen is gebleven. Immers, de opvatting brengt mee dat een huurder die zich enige tijd na het aangaan van de huurovereenkomst meldt voor daadwerkelijke bewoning, de deur gesloten vindt.<sup>110</sup> De wetgever<sup>111</sup> stelt in dit verband: het feit dat de huurder nog niet in het genot van het gehuurde is vóór de verkoop en levering aan de koper, doet de koper in sterkere mate afhankelijk zijn van inlichtingen, door zijn verkoper verstrekt. Maar dit vormt geen reden het risico van onjuiste inlichtingen op de huurder over te brengen of het belang van de koper hier zwaarder te doen wegen dan dat van de huurder.

^Het ontwerp maakt daarom geen uitzondering voor dit geval en handhaaft daarmee het door H.R. 22 februari 1929, N.J. 1929 p. 1339 (noot E.M.M.), W. 11988, met betrekking tot artikel 1612 ingenomen standpunt (..) dat ook beschermd wordt de huurder die ten tijde van de verkoop of de eigendomsovergang het gehuurde (nog) niet onder zich heeft ((in voetnoot): ^Anders uitdrukkelijk Duitsland 571).(Duitsland 571 is: par. 571 BGB, RW);

---

Toelichting Boek 7 BW, p. 941, noot 93.

<sup>108</sup>Men vergelijk de beperkingen welke bij de levering *constitutum possessorium* van roerende zaken en de stille verpanding van roerende zaken en vorderingen zijn aangebracht vanwege de ontbrekende kenbaarheid, ofwel de ontbrekende mogelijkheid om zich naar buiten als rechthebbende te legitimeren, in bijvoorbeeld de artikelen 3:90 lid 2 en 3:111 BW (resp. relativering van en verbod op levering c.p.), en de artikelen 3:238 lid 1 en 3:239 lid 4 BW (beide inhoudende een mogelijkheid van bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid van een rechtsvoorganger, mits resp. de zaak in de macht van de verkrijger is gebracht of de verpanding aan de debiteur is meegedeeld).

<sup>109</sup>Vgl. de systematische benadering van Abas, hierboven, bij noot 102 aangehaald. Ook Dozy, Handboek Huurrecht, Art. 1612, aant. 5d, benadrukt dit punt: de levering van een onroerende zaak is eerst voltooid bij de inschrijving van de overdrachtsakte in de openbare registers.

<sup>110</sup>Zie het voorbeeld van de verlofganger, aangehaald door Eggens, De retentor en art. 2014 B.W., VPO I, p. 304 en Schrage (1984), p. 1 (e.e.a. hierboven aangehaald in noot 52).

<sup>111</sup>Toelichting Boek 7, p. 940-941.

-aan dit laatste argument kan worden toegevoegd, dat er geen sprake is van 'toedoen'<sup>112</sup> bij de huurder, het door Eggen voor derdenbescherming gebezigde argument. Door de huurder is op geen enkele wijze het risico veroorzaakt voor het nadeel, dat hij moet dragen. Er is dus ook geen reden hem het nadeel voor chicanes door de verhuurder te doen dragen, althans niet meer reden dan om dit nadeel bij de rechtsopvolger te leggen. Deze koopt van een onbetrouwbare wederpartij, zoals de huurder daarvan huurde. Bescherming van een derde tegen beschikkingsonbevoegdheid gaat in het huidige wetboek alleen ten koste van een eerdere rechthebbende, wanneer het redelijk is dat deze het nadeel draagt, omdat hij zelf de mogelijkheid van nadeel (chicaneren door zijn wederpartij) in het leven heeft geroepen. Niet gesteld kan worden, dat de huurder, door te huren, de verhuurder in de gelegenheid heeft gesteld het verhuurde pand 'vrij van huur' te verkopen.

### *3.b. Toepassing van de tweede opvatting op de situaties 'huur-na-hypothec' en 'hypothec-na-huur'*

Toepassing van de tweede opvatting op de situaties 'hypothec-na-huur' en 'huur-na-hypothec' levert het volgende resultaat op.

a. Wanneer een koper niet kan worden gebonden aan huurovereenkomsten die hij niet kende noch kon kennen, moet dat ook gelden voor een hypotheekhouder. De laatste kan reeds om deze reden het (eerdere of latere) huurrecht negeren en 'vrij van huur' verkopen. Anders gezegd: wanneer de huurder niet in het genot van het gehuurde is ten tijde van de hypotheekvestiging (het moment van 'levering' in de eigenlijke art. 7A:1612 BW-situatie) en de hypotheekhouder ook anderszins niet van de verhuur op de hoogte kan zijn, draagt de huurder het risico van kwade trouw bij de hypotheekgever/verhuurder. De toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situaties 'hypothec-na-huur' of 'huur-na-hypothec' zou op deze grond reeds zijn uitgesloten. Een rol voor het huurbeding is dan helemaal niet weggelegd. Waarom immers zou aan de hypotheekhouder in een identiek geval een mindere rechtspositie toekomen dan aan de koper? In de tweede opvatting wordt de huurder tot gedupeerde partij verklaard: hij blijft met een schadevergoedingsactie jegens zijn verhuurder achter. Eén en ander wordt gerechtvaardigd door het belang van de hypotheekhouder om af te kunnen gaan op hetgeen voor hem kenbaar is. Het belang van de huurder bij een ononderbroken huur(overeenkomst) staat hierbij ten achter.

Opmerkelijk is nu dat de tweede opvatting door de meeste van de betreffende schrijvers niet aan hypotheeksituaties wordt verbonden, op een enkele uitzondering na.<sup>113</sup> Het geval dat de huurder nog niet in het genot van het gehuurde is, wordt alleen besproken ten aanzien van een latere eigenaar.<sup>114</sup> Het komt evenmin aan de orde bij 'normale' besprekin-

<sup>112</sup>Zie over dit zg. toedoen-beginsel bijvoorbeeld Goederenrecht (H.J. Snijders) (1996), nrs. 374, 385 en de huidige BW-artikelen 3:36, 3:86 en 3:88.

<sup>113</sup>Nelissen, diss., p. 273-280, stellende dat de (executerende?, vgl. p. 272 en 275) schuldeiser 'reeds ingeganen' huren moet eerbiedigen, alsook huren die zijn ingeschreven in de openbare registers (Nelissen bepleit een dergelijke inschrijving).

<sup>114</sup>Zie bijvoorbeeld Van Berckel, diss., p. 136 noot I; Eggen, De retentor en art. 2014 B.W., VPO I, p. 304-306; Pitlo, in: Onroerend goed (1968), p. 245; Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 94. Pitlo-Croes (1995), p. 122, moet wellicht ook in deze zin worden begrepen ('Eigendomsoverdracht breekt geen huur.'). op p. 123 wordt echter gesteld: 'Het artikel is geschreven in het belang van de huurder, die het feitelijk bezit heeft en wiens huurrecht is

## (ON)KENBAARHEID VAN HET HUURRECHT

gen van het hypotheekrecht en/of het huurrecht. Naar de reden(en) hiervan moet men gissen:

- wellicht speelt het feit een rol, dat de als eerste beschreven opvatting vrij algemeen wordt aangehangen (de huurder behoeft voor toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW niet in het genot van het gehuurde te zijn);
- geredeneerd wordt meestal `vanuit' het huurbeding: alleen de hypotheekhouder die een huurbeding (heeft gemaakt en) inroept, kan de huurovereenkomst negeren. In die benadering geldt de redenering dat, zonder een gemaakt en ingeroepen huurbeding, art. 7A:1612 BW ook de huur die ná het hypotheekrecht is totstandgekomen, doet voor- gaan;
- wellicht komt daar nog een verwarring veroorzakende factor bij. Besprekingen van de botsing tussen een hypotheekhouder en een huurder (toepassing van het adagium `koop breekt geen huur' van art. 7A:1612 BW) richten zich óf op het moment van *executie* (*-verkoop*)<sup>115</sup>, óf op het moment van *hypotheekvestiging*<sup>116</sup>, óf op beide.<sup>117</sup> Waarom deze mo- menten door elkaar lopen in besprekingen, is onduidelijk. Is het omdat, volgens de Hoge Raad<sup>118</sup>, art. 7A:1612 BW geldt voor iedere vervreemding en omdat de botsing tussen een hypotheekhouder en een huurder eerst dan aan de orde komt? Omdat (wederom) de reeds genoemde opvatting dat art. 7A:1612 BW ook van toepassing is op een huurrecht dat tot stand komt ná de hypotheekvestiging, verankerd lijkt te zijn in het denken? (Het huurbeding hoort immers bij de executie in die benadering, als passende voorziening voor de hypotheekhouder tegen huurrechten die vóór de executie zijn tot- standgekomen<sup>119</sup>).

b.Toetst men de tweede opvatting aan de arresten Gay Association/Engelen en Metter- woon/Van Ommen, beide in paragraaf 5.3 besproken, dan zou de uitkomst van beide arres-

---

ontstaan vóór de koop (HR 4 januari 1901, W 7544). (cursivering RW).

<sup>115</sup>Zo bijvoorbeeld Nelissen, diss., p. 273: `Is het in iure constituendo wenschelijk, dat door (...) executie de huur worde verbroken?'

<sup>116</sup>Dit is vooral het geval wanneer de mogelijke correctie door de hypotheekhouder via het huurbeding in beeld komt. Huren die totstandkomen na hypotheekvestiging (met daarbij gemaakt een huurbeding), kan de hypotheekhouder negeren. Zie bijvoorbeeld Van Nierop (1937), p. 162: huur, aangegaan ná het sluiten der hypotheek, kan niet worden tegengeworpen aan de hypotheekhouder die het beding van art. 1230 heeft gemaakt; Pitlo-Brahn Zakenrecht (1980), p. 538: `Door het huurbeding kunnen alleen worden getroffen huren, die zijn aangegaan nadat de hypotheek en tevens het huurbeding reeds waren aangegaan.'

<sup>117</sup>Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 262, bespreekt bijvoorbeeld de vraag `(...) of niet, wanneer de hypotheek- houder van zijn verhaalsrecht gebruik maakt, de regel `koop breekt geen huur' (...) toepassing moet vinden.' (cursive- ring RW). Het antwoord in het genoemde werk luidt in beginsel ontkennend: de hypotheekhouder, overgaande tot uitoefening van zijn verhaalsrecht, zal de huur ` - mits tot stand gekomen ná de vestiging der hypotheek - kunnen negeren, (...).

<sup>118</sup>Zie bijvoorbeeld het arrest van 1929 (NJ 1929, p. 1343): `(...) omdat art. 1612 B.W., hoewel alleen sprekende van ver- koop, zijnde het meest voorkomende geval, èn blijkens haar strekking èn blijkens haar geschiedenis, bij iedere vervreemding van het verhuurde goed geldt, (...)'. Vgl. voorts - met meer jurisprudentie en literatuur - Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 99 en Toelichting Boek 7, p. 939.

<sup>119</sup>Vgl. de wetgever van art. 1230 Oud BW, Hand. II 1832-1833 (Bijl.), p. 553, ook weergegeven bij Voorduin V, p. 227 ad XIII: `Ten aanzien der verhuuring van verhypothekerde panden, heeft men (...) doelmatige voorzieningen voorgedragen. (...)'.

---

ten in beginsel niet veel anders zijn: een geldig beroep op art. 7A:1612 BW door de huurder zou niet worden ontkend (hoewel dit in het arrest *Gay Association/Engelen* niet werd gehonoreerd op grond van een belangenafweging). Hij was ten tijde van de hypotheekvestiging immers in het genot van het gehuurde.<sup>120</sup>

Dit resultaat zou niet stroken met hetgeen door A-G Hartkamp als de strekking van het artikel wordt aangeduid<sup>121</sup>: aan de huurder die met een *niet-eigenaar* contracteert, wordt een

'door art. 1612 gewaarborgde, "zakenrechtelijke" positie'

onthouden. In deze gedachtegang mag de hypotheekhouder, indien hij geen huurbeding heeft gemaakt, alleen geconfronteerd worden met bevoegdelijk, dat wil zeggen: door de juridisch eigenaar aangegane verhurings en niet met huurrechten die zijn verleend door de (latere) hypotheekgever nog vóór deze juridisch eigenaar was. Op grond van de strekking van art. 7A:1612 BW zou de huurder dan aan een beroep op het artikel zelfs niet toekomen. Hartkamp stelt:

'Dit ligt ook voor de hand, omdat art. 1230 een uitzondering vormt op art. 1612 (..), en dit laatste artikel zijn werking alleen doet gelden indien de huurder een rechtsband heeft met de eigenaar van de zaak.'

Mijns inziens komt alleen gelding toe aan het tweede in het citaat genoemde argument (alleen werking indien rechtsband met eigenaar), hoewel het argument in deze formulering een parafraze is van de bewering zelf.<sup>122</sup> Bovendien moet het mogelijk worden geacht, dat art. 7A:1612 BW óók bescherming biedt indien de verhuurder eerst ná de verhuuring juridisch eigenaar wordt. Immers, ook een niet-eigenaar kan een rechtsgeldige huurovereenkomst als verhuurder sluiten. Abas drukt het (met de wetgever van het Ontwerp BW) als volgt uit<sup>123</sup>:

'De wetgever heeft de bevoegdheid tot verhuur niet aan een bepaalde hoedanigheid gebonden; ook de niet-eigenaar en zelfs hij die geen enkel recht op de verhuurde zaak kan doen gelden, kan een op zichzelf geldige huurovereenkomst aangaan als verhuurder.'

<sup>120</sup>In het arrest *Gay Association/Engelen* was de huurder reeds in het genot van het gehuurde voorafgaand aan de hypotheekvestiging. In het arrest *Metterwoon/Van Ommen* ging het om een juridisch eigenaresse die het huis dat zij bewoonde overdroeg onder voorbehoud (als het ware) van een huurrecht. Zij beoogde na de overdracht het huis als huurster te kunnen blijven wonen. De koper c.q. verhuurder in spé (hij moest nog eigenaar worden) vestigde vervolgens, tegelijkertijd met de inschrijving van de transportakte in de openbare registers, in welke akte het huis als 'verhuurd' werd omschreven, een recht van hypotheek op het huis, waarbij hij het huurrecht verzweg. Zie de bespreking van de arresten hiervoor, par. 5.3.2.

<sup>121</sup>A-G Hartkamp, conclusie voor het arrest *Gay Association/Engelen*, NJ 1992, 262, onder 9 en 16.

<sup>122</sup>Het eerste door Hartkamp aangevoerde argument is naar mijn mening niet bruikbaar, omdat er op zijn minst genomen een groot vraagteken geplaatst kan worden bij de bestaansreden van art. 1230 (Oud) BW (art. 3:264 BW); zie hiervoor, hoofdstuk 2, par. 2.2 en hierna, hoofdstuk 10. Enkel op grond van het bestaan van art. 1230 Oud BW (art. 3:264 BW) kan dan ook geen uitspraak worden gedaan over de geldigheid van een huurovereenkomst, gesloten door een niet-juridisch eigenaar.

<sup>123</sup>Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 12; TK 26.089, nr. 3 (MvT ad art. 7:226 Ontwerp BW), p. 35, verwijzende naar Toelichting Boek 7 (ad titel 7.4 Ontwerp Meijers), p. 910.

Abas voegt aan deze opmerking toe, dat indien er door een onbevoegde wordt verhuurd, de eigenaar zich aan de huurovereenkomst vanzelfsprekend niet hoeft te storen. Dit wordt naar mijn mening anders, wanneer het de aanstaande eigenaar is die verhuurt. Art. 7A:1612 BW biedt bescherming indien de verhuurder alsnog juridisch eigenaar wordt van het verhuurde. Dit strookt met de oorspronkelijke ratio van art. 7A:1612 BW, zijnde de zwakke positie die een huurder als persoonlijk gerechtigde zou hebben ten opzichte van een nieuwe eigenaar. Die eigenaar zou zonder het artikel op grond van zijn eigendomsrecht immers *alle* persoonlijke rechten, zowel voor als na de verkoop door de vorige eigenaar met betrekking tot het goed verleend, kunnen negeren. Met andere woorden: het artikel kan eerst effect sorteren voor de huurder indien er een nieuwe eigenaar is. En hoe zou er een nieuwe eigenaar kunnen zijn zonder dat er een bestaande eigenaar is die de eigendom aan hem overdraagt? Anders gezegd: indien de verhuurder/niet-eigenaar later juridische eigendom verkrijgt en het verhuurde goed daarna overdraagt of verhypothecert, staat niets aan toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de weg.

Intussen komt de Hoge Raad in beide arresten tot een oordeel waarvoor noch de tweede opvatting, noch de strekking van art. 7A:1612 BW een doorslaggevende rol spelen. De huurder verdient in het ene geval wél bescherming (Metterwoon/Van Ommen), in het andere geval niet (Gay Association/Engelen). Daarbij zijn het vooral andere factoren die de doorslag geven dan de strekking van het artikel en het feit, dat de huurder reeds vóór de hypotheekvestiging in het genot van het gehuurde was. In het arrest Gay Association/Engelen weegt de Hoge Raad vooral de belangen van kredietverstrekkers af tegen die van huurders. Het feit dat huurders de openbare registers kunnen raadplegen, speelt daarin een grote rol. In het arrest Metterwoon/-Van Ommen zijn de voornaamste twee argumenten die de Hoge Raad aanvoert: de hypotheekhouder heeft uit de transportakte kunnen opmaken dat het te verhypothekeren pand was verhuurd, en: de huurder heeft zorgvuldig gehandeld door bij de verkoop het 'huurvoorbehoud' te maken en door mee te werken aan een transportakte waarin het verhuurd zijn van het pand uitdrukkelijk werd vermeld. Het feit dat de koper/verhuurder dan de verhuring tegenover zijn geldschieter, de hypotheekhouder, verzwijgt, mag niet voor rekening komen van de huurder, aldus de Hoge Raad.<sup>124</sup> Een belangrijke rol speelt de vroegtijdige bewoning door de huurder wel bij de eerdere beoordeling van deze zaak door het Hof<sup>125</sup>: aan de huurder kon geen verwijt gemaakt worden dat zij niet had geverifieerd of haar (toekomstige) verhuurder wel juridisch eigenaar was; de hoedanigheid van eigenaar bezat zij immers (nog) zelf. Bovendien bewoonde zij het pand.

Het volgende moet geconcludeerd worden. Toepassing van de uitkomst van de tweede opvatting op de situaties 'hypotheek-na-huur' en 'huur-na-hypotheek', sluit de beschermende werking van art. 7A:1612 BW bij hypotheek in beginsel uit. De hypotheekhouder heeft niets te maken met een eerdere huurder die nog niet in het genot is van het gehuurde en van wiens (juridische) bestaan in de vorm van een huurovereenkomst hij ook anderszins niet op de hoogte is of behoort te zijn. Een latere huurovereenkomst, waarbij de huurder niet in het genot van het gehuurde is, regardeert hem evenmin. Toch wordt deze conclusie niet getrokken door de

---

<sup>124</sup>NJ 1997, 508, r.o. 3.3.

<sup>125</sup>Vgl. de weergave van het arrest in NJ 1997, 508, onder 7 (p. 2716-2718). Zie ook de lezing van deze overweging door de Hoge Raad, r.o. 3.2.



schrijvers die de tweede opvatting naar voren brengen. (De uitkomst in de heersende leer is ook anders: een hypotheekhouder is respectievelijk wordt daarin in beginsel steeds verplicht geacht om een eerdere of latere verhuring te respecteren). Voorts moet worden geconstateerd, dat het gegeven dat de huurder in de arresten *Gay Association/Engelen* en *Metterwoon/Van Ommen* zich reeds vóór de hypotheekvestiging feitelijk in het gehuurde bevond, voor het oordeel van de Hoge Raad niet een doorslaggevende rol speelt.

*4. De derde opvatting: het bepalende moment voor de werking van art. 7A:1612 is dat van de verkoop, niet dat van de levering; de huurder hoeft voor toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW niet in het genot van het gehuurde te zijn (literatuur van rond 1900)*

In handboeken van rond de vorige eeuwwisseling en in oudere literatuur uit die tijd treft men veelvuldig de opvatting aan, dat het bepalende moment voor de werking van art. 7A:1612 BW dat van de verkoop is, niet dat van de levering.<sup>126</sup> Wel wordt dan al verwezen naar de andersluidende beslissing van de Hoge Raad van 1880.<sup>127</sup> De tekst van art. 7A:1612 BW wijst echter in de richting van de verkoop ('Door verkoop van het verhuurde wordt eene tevoren aangegane huur niet verbroken, (..)'). In deze opvatting is de koper gebonden aan de huurovereenkomst die reeds bestaat op het moment van de verkoop. Soms wordt daaraan toegevoegd, dat zulks ook geldt wanneer de huurder zich nog niet in het genot van het gehuurde bevindt.<sup>128</sup> Een andere keer wordt dit laatste alleen geacht te gelden, indien er geen kwade trouw van de verkoper/verhuurder is en deze de huur voor de koper verzwegen heeft.<sup>129</sup> In het laatste geval, zo moet men concluderen, is de koper niet aan de huur gebonden (vgl. de hierboven ad 2 weergegeven opvatting van de wetgever: de kwade trouw bestaat in de relatie verkoper-koper, en zulks mag de huurder niet raken).

In de hier beschreven benadering zal gelden dat wanneer de huurovereenkomst met de verkoper tot stand komt ná de koop(overeenkomst), de koper de huurovereenkomst reeds op die grond kan negeren.<sup>130</sup> De vraag of de huurder zich al of niet in het gehuurde moet bevinden, is dan niet meer van belang.

*4.a. Argumenten voor en tegen de derde opvatting*

De belangrijkste reden voor afwijzing van de derde opvatting is, dat zij zich ver verwijderd, blijkens de geschetste gevolgen, van de oorspronkelijke ratio van art. 7A:1612 BW: bescherming van de zwakke positie die een huurder als persoonlijk gerechtigde zou hebben ten opzichte van een nieuwe eigenaar. Die eigenaar zou zonder het artikel op grond van zijn eigen-

<sup>126</sup>Zie bijv. *Opzoomer VII*, p. 349, noot 1; *J. Kappeyne van de Coppello*, *Themis* 1884, p. 74-95, i.h.b. p. 89-95; *Diephuis XII*, p. 162-164; *Land V*, p. 187; In gelijke zin ook *HR 21 juni 1889*, *W* 5733 en 4 januari 1901, *W* 7544.

<sup>127</sup>*HR 4 juni 1880*, *W*. 4520, hierboven bij noot 61 besproken. Zie in deze zin bijv. *Diephuis XII*, p. 162, noot 2; *Land V*, p. 187, noot 4.

<sup>128</sup>In deze zin bijv. *Diephuis XII*, p. 163-164; *Kappeyne van de Coppello*, a.w., p. 89-90.

<sup>129</sup>*Kappeyne van de Coppello*, a.w., p. 90.

<sup>130</sup>*Kappeyne van de Coppello*, a.w., p. 91-92 betoogt, dat aan de huurder in een dergelijk geval meer ter beschikking staat dan enkel een vordering tot nakoming of ontbinding jegens zijn verhuurder: '(..) men kent aan den huurder tegen de revindicatie van den koper hetzelfde rechtsmiddel toe, dat hij gehad zou hebben tegen de revindicatie van den verkoper, en dat rechtsmiddel (..) is de exceptio doli of actio conducti gebruikt als schild.'

## (ON)KENBAARHEID VAN HET HUURRECHT

domsrecht immers *alle* persoonlijke rechten, zowel vóór als na de verkoop door de vorige eigenaar met betrekking tot het goed verleend, kunnen negeren. In dit licht valt te begrijpen dat krachtens algemene opvatting voor 'verkoop' in art. 7A:1612 BW 'eigendomsovergang' moet worden gelezen.

Ook kan aan de derde opvatting worden tegengeworpen, dat er met de koop en de hypotheekverlening nog geen rechten zijn ontstaan die feitelijk met het eerdere huurrecht kunnen botsen. Eerst met de levering of hypotheekvestiging is dit het geval (dan zal er eventueel behoefte aan ontruiming door de huurder ontstaan).

Argumenten vóór de opvatting liggen in twee gunstige (bij-) effecten. In de eerste plaats zou aan de ruime werking van art. 7A:1612 BW (ook een huurrecht, totstandgekomen ná hypotheekvestiging werkt tegen de hypotheekhouder) worden ontkomen. In de tweede plaats zou het risico van kwade trouw van de verkoper (die verkoopt ondanks eerdere verhuur of verhuurt ondanks eerdere verkoop) iets evenwichtiger verdeeld worden, namelijk over de koper én de huurder.<sup>131</sup> In de heersende opvatting ligt het risico in beide gevallen bij de koper: deze moet een verhuring, aangegaan vóór de levering, respecteren. In de derde opvatting komt een deel van die kwade trouw (verhuur na verkoop) voor rekening van de huurder.<sup>132</sup>

### *4.b. Vergelijking met de situaties koop-na-huur en hypotheek-na-huur in de opvatting van de wetgever en de Hoge Raad (de eerste opvatting)*

Voor de gevallen, bestreken door art. 7A:1612 BW, geldt in de opvatting van de wetgever en de Hoge Raad: de koper draagt tot aan de levering het volle risico van eerdere verhuur; de enkele huurovereenkomst, gesloten vóór de levering, doet de huurder voorgaan, ook wanneer deze nog niet in het genot is van het gehuurde. De hoofdregel in de situatie 'hypotheek-na-huur' (die op art. 7A:1612 BW is gebaseerd) luidt: een later totstandgekomen hypotheekrecht kan aan de eerdere verhuring geen afbreuk doen. Uit art. 7A:1612 BW wordt bovendien algemeen afgeleid, dat de hypotheekhouder ook een latere verhuring moet dulden ('huur-na-hypotheek'), tenzij hij een huurbeding heeft gemaakt en dit bij de uitwinning inroept.

In de derde opvatting komt men aan het moment van de levering niet toe. In de situatie 'koop-na-huur' telt het moment van de verkoop. Kappeyne van de Coppello stelt hieromtrent: alleen de op dat moment bestaande 'obligations personnelles du vendeur' gaan op de koper over (ex art. 7A:1612 BW), latere persoonlijke verplichtingen niet, al zijn het handelingen 'de l'ancien propriétaire'.<sup>133</sup> De koper kan een huurovereenkomst die de verkoper ná de koop maar vóór de levering sluit met een derde, negeren. Het voornaamste verschil met de eerste opvatting schuilt derhalve in de periode tussen de verkoop en de levering.<sup>134</sup> Verkrijgt de huurder zijn recht in die periode, dan kan hij dit in de eerste opvatting tegen de nieuwe eigenaar inroepen, in de derde opvatting niet.

Toegepast op de situatie 'hypotheek-na-huur' zou alleen het moment van de hypotheekverlening van belang zijn. De 'obligations personnelles du vendeur' die op dat moment bestaan

---

<sup>131</sup>Zie voor de signalering van een dergelijke risicoverdeling Pachtwet (Houwing/Heisterkamp), Art. 34 Pw, nr. 421, noot 1.

<sup>132</sup>Zie het vermeldde over de exceptio doli of actio conducti, hierboven, bij noot 130.

<sup>133</sup>A.w., p. 92-93.

<sup>134</sup>Zie voor een bespreking van deze situatie bij de pachtovereenkomst, Pachtwet (Houwing/Heisterkamp), Art. 34 Pw, nr. 421.

moet de hypotheekhouder tegen zich laten gelden. In de situatie 'huur-na-hypotheek' zou gelden: huurovereenkomsten die worden gesloten ná de hypotheekverlening, maar vóór de inschrijving van de hypotheekakte in de openbare registers, werken niet tegen de hypotheekhouder.

Voor de situatie, behandeld in de arresten *Gay Association/Engelen* en *Metterwoon/Van Ommen*, zou de derde opvatting als volgt uitwerken. Het betrof hier een botsing tussen een hypotheekhouder en een huurder die werd veroorzaakt doordat de koper, vóór hij eigenaar van het gekochte is geworden, het goed verhuurde en vervolgens verhypotheekeerde<sup>135</sup> (hypotheekverlening). Er was in beide gevallen dus sprake van verhuur vóór hypotheekverlening (dit laatste zijnde het moment dat telt in de derde opvatting). De hypotheekhouder zou reeds op deze grond verplicht zijn om het eerdere huurrecht te dulden. Indien men deze bescherming van de huurder echter terugvoert op art. 7A:1612 BW, zoals in de derde opvatting het geval is, dan zou het artikel ook geschreven moeten zijn voor een verhuuring door een beschikkingsonbevoegde koper. Dit laatste is echter niet waarschijnlijk en vormt een belangrijk argument tegen het aannemen van de derde opvatting.

### 5.5. Conclusie hoofdstuk 5

De vraag wie het risico draagt van een bestaand maar onkenbaar huurrecht is voor de situaties 'koop-na-huur' en 'hypotheek-na-huur' in de bestaande rechtsleer niet eenduidig te beantwoorden, zo mag worden geconcludeerd na het vorenstaande onderzoek. Ten aanzien van de situatie 'huur-na-hypotheek' kan echter met zekerheid worden vastgesteld dat een ruime uitleg van art. 7A:1612 BW de oorzaak is van de problemen.

Voorts is de geformuleerde hoofdregel ten aanzien van *bestaande* huurrechten - luidende: het latere hypotheekrecht kan aan dat huurrecht geen afbreuk doen - alleen duidelijk in de 'standaard' situatie, waarin een juridisch eigenaar de huurovereenkomst aangaat, de huurder bij de latere hypotheekvestiging in het gehuurde verblijft en de hypotheekhouder feitelijk op de hoogte is van de eerdere verhuur. Zodra van deze situatie wordt afgeweken, is rechtsonzekerheid troef. Zo bijvoorbeeld wanneer het een niet-eigenaar is die verhuurt en daarna, inmiddels eigenaar geworden, verhypothekeert. In twee arresten van de Hoge Raad blijkt de eerdere verhuur in het ene geval voor risico van de huurder te komen, in het andere voor risico van de hypotheekhouder. Het verschil in uitkomst is niet met algemeen geldende regels te verklaren. Behalve de omstandigheden van het geval spelen mee:

- rechtspolitieke uitgangspunten (en de kennelijk verschillende uitwerking daarvan in wisselende feitelijke omstandigheden);
- de vraag in welke gevallen de hypotheekhouder en/of de huurder een onderzoeksplicht hebben en zo ja, in welke omvang (een vraag die niet van een eenduidig antwoord kan worden voorzien);
- de onzekerheid omtrent de vraag, of de huurder zich in het genot van het gehuurde moet bevinden om beschermd te worden door art. 7A:1612 BW.

Gaat men voor de interpretatie van art. 7A:1612 BW in het geval 'hypotheek-na-huur' te rade bij de situatie waar art. 7A:1612 BW eigenlijk op ziet ('verkoop-na-huur'), dan wordt

<sup>135</sup>In het arrest *Metterwoon/Van Ommen* kan deze volgorde worden afgeleid uit r.o. 5 van het Hof en opmerking 13 van de conclusie van A-G Strikwerda voor het arrest van de Hoge Raad.

#### (ON)KENBAARHEID VAN HET HUURRECHT

evenmin veel duidelijkheid verkregen over de gevolgen van onkenbaarheid van een huurrecht. Onzekerheid bestaat met name omtrent de vraag of en zo ja, op welk moment, de huurder voor bescherming door art. 7A:1612 BW in het genot van het gehuurde moet zijn.

De slotconclusie moet zijn, dat de complicaties die bestaan in de situatie 'huur-na-hypothek', zijn terug te voeren op de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Aanknopingspunten ter verklaring of zelfs rechtvaardiging van die uitleg kunnen niet gevonden worden door de gevolgen van onkenbaarheid van het huurrecht te onderzoeken in de omgekeerde situatie, 'hypothek-na-huur', of in het eigenlijke art. 7A:1612 BW-geval, 'verkoop-na-huur'. In de laatste twee situaties is duidelijkheid (zeer) ver te zoeken.

## 6. De werking van het huurbeding

### 6.1. Inleiding

De oproeping van een huurbeding wordt verondersteld relatief te werken. Art. 3:264 lid 2 BW bepaalt dat

'(..) een in strijd met het beding gekomen rechtshandeling slechts wordt vernietigd ten behoeve van degene die het (beding, RW) inroept, en niet verder dan met diens recht in overeenstemming is.'

De bepaling lijkt op het eerste gezicht duidelijk: door oproeping van het huurbeding komt aan de huurovereenkomst die in strijd met het beding is gesloten, geen werking toe jegens de hypotheekhouder of diens koper. De huurovereenkomst blijft wel bestaan tussen degenen die haar hadden gesloten, de verhuurder en de huurder. De huurder, die het gehuurde moet ontruimen, zal de verhuurder kunnen aanspreken uit niet-nakoming van de overeenkomst.

Art. 3:264 lid 2 BW is echter de aanleiding van de nodige vragen en onduidelijkheden. In het onderstaande worden enkele belangrijke van deze<sup>1</sup> besproken aan de hand van drie 'thema's':

-wat is 'vernietiging' in art. 3:264 lid 2 BW? (6.2);

-relativiteit en meer dan één hypotheekhouder (6.3);

-relativiteit en de rang van de vergoedingsvordering van de huurder (6.4).

Het geheel wordt besloten met een conclusie (6.5).

### 6.2. Wat is 'vernietiging' in art. 3:264 lid 2 BW?

#### 6.2.1. Problematiek

De betekenis van de 'vernietiging' waarvan in art. 3:264 lid 2 BW wordt gesproken, is onduidelijk. Het beeld dat (een selectie uit) de literatuur biedt, is:

a. 'De wetgever heeft echter in enkele gevallen de bevoegdheid om te verhuren beperkt of uitgesloten. (..)

Men denke (..) aan de beperking van de bevoegdheid tot verhuring, welke in de hypotheekakte kan worden opgenomen (art. 3:264).'<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>Niet beoogd is een uitputtende opsomming te geven van de vragen die kunnen spelen rond art. 3:264 lid 2 BW. Zie bijvoorbeeld voor een vraag waar de veronderstelde relativiteit eveneens invloed heeft of kan hebben, hoofdstuk 4, par. 4.4.2.

<sup>2</sup>Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 12. Vgl. ook R.H. van Erp, NbBW juni 1993/Afl. 6, p. 66: 'Ondanks het bestaan van een huurbeding is de huurovereenkomst dus geldig', en de wetgever van art. 7:226 Ontwerp BW, TK 26 089, nr. 6, p. 32: '(..) moet worden aangenomen dat in het huidige recht, zo geen beding als daar bedoeld is gemaakt, de bevoegdheid de wijze van exploitatie van het goed te bepalen bij de eigenaar-hypotheekgever is gebleven in dier voege dat deze ook na de vestiging van de hypotheek bevoegd blijft huurovereenkomsten te sluiten (..)'. Wat moet gelden, indien er wél een huurbeding is gemaakt? Zie voorts hoofdstuk 2, par. 2.3.1 bij noot 17.

## WERKING VAN HET HUURBEDING

- b. `In de huidige praktijk is het gebruikelijk dat de hypotheekhouder formeel een beroep doet op de juridische nietigheid van de huurovereenkomst als zodanig, (..)'.<sup>6</sup>
- c. `Als de hypotheekhouder een beroep op de nietigheid deed zal de huurder er in het algemeen van uit mogen gaan dat de huurovereenkomst is beëindigd (..)'.<sup>4</sup>
- d. `Ook op andere wijze dan door opzegging kan een huurovereenkomst ten einde komen, bijv. (..) door de werking van het huurbeding van art. 3:264'.<sup>5</sup>
- e. `De nietigverklaring krachtens het huurbeding' en: `(..) na oproeping van de nietigheid van huur- of pachtovereenkomst (..)'.<sup>6</sup>

De volgende vragen kunnen nu worden gesteld:

- is er sprake van vernietiging of van nietigheid?<sup>7</sup>
- Is er nietigheid van meet af aan of eerst vanaf het moment van inroepen van het huurbeding door de hypotheekhouder? Of eerst vanaf het moment van inroepen door de koper?
- Werkt de nietigheid absoluut (einde huurovereenkomst, ook tussen hypotheekgever/verhuurder en huurder) of relatief (alleen jegens de hypotheekhouder)?
- Bestaat de relatieve nietigheid zowel ten aanzien van de oproeping (alleen *door* de hypotheekhouder) als naar werking (alleen *voor* de hypotheekhouder/veilingkoper)?<sup>8</sup>
- Vanaf welk moment werkt de vernietiging?

Een non-existentie van meet af aan (een absolute nietigheid, de huurovereenkomst heeft nimmer bestaan) ligt met de huidige inzichten over de relatieve werking van het huurbeding niet voor de hand. Zo richt de wetgever zich blijkens de bewoordingen van art. 3:264 BW uitdrukkelijk op een bestaande huurovereenkomst, die wellicht ook nog ná oproeping van het beding (gedeeltelijk) voortbestaat.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup>P. Rodenburg en J.W.M. Russell, WPNR 5769 (1986), p. 59 r.k. en (dezelfden), WPNR 5784 (1986), p. 332 r.k.

<sup>4</sup>Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 266.

<sup>5</sup>Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 69.

<sup>6</sup>P.A. Stein (1986), respectievelijk p. 105 en p. 189. Op p. 188 beschrijft Stein echter een meer relatieve werking van het huurbeding, namelijk een niet-werken van de huurovereenkomst tegenover de hypotheekhouder of diens koper.

<sup>7</sup>Extra verwarring ontstaat, doordat in Algemene Veilingvoorwaarden gesproken wordt van `nietigheid', vgl. Burgerlijke Rechtsvordering (H. Stein), aantek. 11 op art. 505, en Albers-Dingemans (1998), p. 33. Op de inhoud en afbakening van de begrippen vernietiging en nietigheid in deze wordt hieronder, in de analyse van deze paragraaf, kort ingegaan. Zie voor een uitgebreide beschouwing Hijma, diss. Leiden 1988.

<sup>8</sup>Vgl. R.A. Dozy, WPNR 5967 (1990), p. 431 l.k., Abas weergevende (P. Abas, WPNR 5928 (1989), p. 507).

<sup>9</sup>Zie ook de hieronder weergegeven fragmenten uit de MvA II bij art. 3.9.4.8 (3:264) BW, Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 815-816. Zie voorts bijv. J.J.A. de Groot, WPNR 5340 (1976), p. 166, stellende dat een dergelijke interpretatie in de recente literatuur niet meer wordt aangehangen. De Groot verwijst naar HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 m.n. EMM (De Boer/Haskerveenpolder), waar de Hoge Raad een dergelijke absolute benadering reeds afwijst (voor art. 505 lid 4 Oud Rv; NJ 1940, 848, blz 1259 l.k.). Zie voor een non-existentie van meet af aan ook hiervoor, hoofdstuk 2, par. 2.3.1, bij noot 17.

Maar is er dan sprake van een niet-bestaan vanaf het moment van inroeping van het huurbeding? En zo ja, is dat een algehele nietigheid, één die ook geldt voor de verhuurder en de huurder?<sup>10</sup> Of is het een relatieve nietigheid<sup>11</sup> (alleen nietig jegens de hypotheekhouder), omdat de hypotheekgever bij het huurbeding in zijn verhuurbevoegdheid is beperkt en dientengevolge ten aanzien van de hypotheekhouder niet rechtsgeldig kan verhuren? In het laatste geval blijft de overeenkomst gelden tussen de verhuurder en de huurder.

Of is het niet juist om van nietigheid te spreken en is hier eerder sprake van vernietiging van de huurovereenkomst (beëindiging) met ingang van het beroep op het huurbeding? Van 'vernietiging' spreekt bijvoorbeeld de wetgever.<sup>12</sup> Echter, indien er sprake is van vernietiging rijzen de volgende vragen: wordt de huurovereenkomst in haar geheel vernietigd, dus als beëindigd beschouwd, zodat de verhuurder én de huurder van hun wederzijdse verplichtingen zijn ontslagen? Of bestaat de huurovereenkomst enkel niet meer ten aanzien van de hypotheekhouder, maar is zij nog volkomen geldig tussen de verhuurder en de huurder?<sup>13</sup> Of blijft de huurovereenkomst ook te zijnen aanzien bestaan, maar kan hij slechts de gevolgen daarvan negeren?<sup>14</sup>

De toelichting van de wetgever biedt in deze nauwelijks een aanknopingspunt. Met het tweede lid van art. 3:264 BW is aansluiting gezocht, zo stelt de wetgever<sup>15</sup>, bij het bepaalde in art. 3:45 BW, met name bij het vierde lid van dat artikel. Dit artikellid luidt:

4. Een schuldeiser die wegens benadeling tegen een rechtshandeling opkomt, vernietigt deze slechts te zijnen behoeve en niet verder dan nodig is ter opheffing van de door hem ondervonden benadeling.'

Ook geeft de wetgever twee voorbeelden voor de beantwoording van de vraag in hoeverre de vernietiging strekt ten behoeve van de hypotheekhouder<sup>16</sup>:

<sup>10</sup>In deze zin is bijvoorbeeld het fragment te begrijpen van de Hoge Raad in het arrest HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.n. HJS (Van Berkel/Tribosa); zie hiervoor, hoofdstuk 3, par. 3.2 en 3.4.

<sup>11</sup>Zie over de mogelijke inhoud van het begrip 'relatieve nietigheid', Hijma, diss., p. 213-214.

<sup>12</sup>MvA II ad art. 3:9.4.8 (3:264 BW), Parl. Gesch. Boek 3, p. 815-816.

<sup>13</sup>Zie in deze zin bijvoorbeeld Schermer-Eggens (1936), p. 178-179; de Hoge Raad in het hiervoor genoemde arrest uit 1940, NJ 1940, 848 (met betrekking tot art. 505 lid 4 Oud Rv): 'dat wijders, zoo dikwijls de wet (...) een nietigheid bepaalt ter bescherming van de belangen van schuldeischers, zij het beoogde doel ver zou voorbijschieten door die nietigheid absoluut te doen werken, hetgeen immers onder meer zou meebrengen, dat ook partijen zelf tegenover elkander de onverbindendheid zouden kunnen inroepen'; A.R. de Bruijn, RM Themis 1961, p. 120-121; redacteur H. in WPNR 5340 (1976), p. 166: 'Voor de hypotheekhouder is de overeenkomst non-existent.', en W.M. Kleijn, noot onder HR 3 februari 1989, NJ 1990, 249: 'Voorts dient de nietigheid niet verder te reiken dan het te bereiken doel, nl. dat de executerende hypotheekhouder vrij van huur kan verkopen en leveren en dat de koper zijn bod mede daardoor zal kunnen bepalen. Om die laatste reden moet ook de koper zich op de door de hypotheekhouder ingeroepen nietigheid tegenover de huurder kunnen beroepen. Daarmede is in beginsel de relativiteit gegeven: anderen kunnen zich niet op die nietigheid beroepen.'

<sup>14</sup>Dit zou gelden in de opvatting, dat een hypotheekhouder als goederenrechtelijk gerechtigde een persoonlijk recht kan negeren. Dit negeren heeft tot gevolg dat de verhuurder zijn verplichtingen uit de huurovereenkomst niet meer kan nakomen. Vgl. de weergave van deze opvatting bij De Groot, WPNR 5340 (1976), p. 166.

<sup>15</sup>MvA II ad art. 3:9.4.8 (3:264 BW), Parl. Gesch. Boek 3, p. 815.

<sup>16</sup>MvA II bij art. 3:9.4.8 (3:264) BW, Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 815-816.

## WERKING VAN HET HUURBEDING

‘Het spreekt vanzelf dat (..) mede rekening moet worden gehouden met de werking van de rechtshandeling ten opzichte van eventuele kopers bij executoriale verkoop. Daardoor wordt immers in de eerste plaats het belang van de hypotheekhouder bij de vernietiging bepaald. De vraag in hoeverre de vernietigde rechtshandeling niet in overeenstemming is met het recht van degene die het beding inriep, zal b.v. aan de orde kunnen komen, wanneer het beding door de koper wordt ingeroepen. Een zodanige inroeping zal de rechtshandeling in beginsel niet verder kunnen vernietigen, dan vanaf het tijdstip dat de koper rechthebbende op het goed werd.’

en:

‘Er zij de aandacht op gevestigd dat voor de beantwoording van de hier bedoelde vraag mede de inhoud van het ingeroepen beding zelf van betekenis kan zijn. Zo zal, wanneer bedongen is dat zonder toestemming van de hypotheekhouder het goed niet voor een langere periode dan één jaar kan worden verhuurd, een voor langere tijd aangegane huurovereenkomst slechts vernietigd kunnen worden voor zover zij de tijd van een jaar te boven gaat. Men lette hierbij overigens op artikel 3.2.7a van het gewijzigd ontwerp.’

Uit deze formuleringen van de wetgever kan, evenals uit de tekst van art. 3:264 lid 2 BW, worden afgeleid dat de huurovereenkomst voor het deel dat strijdig is met het recht van de hypotheekhouder tenietgaat, dus óók ten aanzien van de verhouding tussen de verhuurder/hypotheekgever en de huurder. Dit vloeit ook voort uit de verwijzing, door de wetgever, naar art. 3.2.7a, het huidige art. 3:41 BW, dat duidelijk spreekt over tenietgaan (nietigheid) en in stand blijven:

‘Betreft een grond van nietigheid slechts een deel van een rechtshandeling, dan blijft deze voor het overige in stand, voor zover dit, gelet op inhoud en strekking van de handeling, niet in onverbreeklijk verband met het nietige deel staat.’

Maar hoe moet dan de bedoeling van de wetgever met art. 3:264 lid 2 BW worden begrepen, dat de vernietiging alleen plaatsvindt ten behoeve van de hypotheekhouder en niet verder dan met diens recht in overeenstemming is? Dat houdt namelijk in dat de huurovereenkomst overigens blijft bestaan. Slechts de mogelijkheid tot nakoming van bijvoorbeeld de verplichting van de verhuurder om het huurgenot te verschaffen, wordt door de ‘vernietiging’ gefrustreerd. De laatste gevolgtrekking zou wellicht ook afgeleid kunnen worden uit de hedendaagse opvattingen over ‘relatieve nietigheid’ of over de relatieve werking van de vernietiging: de bedoeling van de ‘vernietiging’ is bescherming van de schuldeiser. Het gaat daarbij niet aan, om met de Hoge Raad te spreken<sup>17</sup>, om deze bescherming zó ver te laten reiken dat ook de verhuurder en de huurder zélf de onverbindendheid van de huurovereenkomst zouden kunnen inroepen.

Een complicerende vraag in deze is nog, op welk moment de huurovereenkomst een - al dan niet relatief - einde neemt. Is dit wanneer de hypotheekhouder het huurbeding inroept (het beroep in de veilingvoorwaarden)? Of moet het moment gelden dat de koper, aan wie de hypotheekhouder het ‘inroepen’ overliet, die ‘inroeping’ ter hand neemt? En: welke is dan de betekenis van de term ‘inroeping’: leeft de huurovereenkomst door ná de ‘inroeping’ door de

---

<sup>17</sup>NJ 1940, 848, p. 1259 l.k. (passage hierboven, in noot 13 geciteerd).



hypothekhouder, maar komt deze tot een einde zodra de koper besluit tot 'inroeping' van het beding om het gekochte (toch) onverhuurd geleverd te krijgen?

In de richting van het eerste moment (inroeping door de hypothekhouder) gaan de hierboven ad b, c, d en e vermelde citaten. Voor dit moment pleit ook het argument, dat de hypothekhouder het goed 'onverhuurd' in veiling brengt ('onverhuurd' verkoopt, ter uitvoering van welke overeenkomst hij ook onverhuurd moet leveren). Het tweede moment kan (ook) gelezen worden in het onder d weergegeven citaat. Op dit moment ook richt zich de wetgever in het boven weergegeven fragment<sup>18</sup>:

'Een zodanige inroeping zal de rechtshandeling in beginsel niet verder kunnen vernietigen, dan *vanaf het tijdstip dat de koper rechthebbende op het goed werd* (cursivering RW).'

Maar, hoe het antwoord op al deze vragen ook luiden moet, geconstateerd kan worden dat op enig moment na de 'inroeping' de verhuurder zijn verplichtingen niet langer zal kunnen nakomen. Wanneer besloten wordt door de hypothekhouder en/of de koper, dat het verhypothekerde goed onverhuurd geleverd dient te worden, biedt het geldende recht hem/hen de gelegenheid dit te realiseren. Thans is in de wet bepaald, dat de onmogelijkheid voor de verhuurder zich oplost in schadevergoeding, zie art. 3:264 lid 7 BW:

'Indien het recht van de huurder of pachter door vernietiging krachtens lid 2 verloren gaat, wordt aan hem (..) een vergoeding uitgekeerd (..)'

De constatering zal gelden ongeacht de vragen

-of de huurder en de verhuurder zijn ontslagen van hun beider verplichtingen uit de huurovereenkomst;

-of het een geheel of gedeeltelijk 'einde' van de huurovereenkomst is;

-vanaf welk moment dit eventueel het geval is.

Volledigheidshalve moet nog worden opgemerkt, dat de vraag tussen welke partijen de huurovereenkomst doorloopt, indien deze niet geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd of nietigverklaard, buiten het bestek van dit onderzoek valt.

### 6.2.2. Analyse

Het blijkt dat er naar huidig recht geen antwoord mogelijk is op de vraag welke betekenis moet worden toegekend aan 'vernietiging' zoals bedoeld in art. 3:264 lid 2 BW. De bestaande regeling is niet alleen niet goed te verklaren, het aantal vragen neemt eerder toe dan af wanneer enige uitleg wordt gekozen: vernietiging of nietigheid; nietigheid van meet af aan, vanaf het moment van inroepen van het huurbeding door de hypothekhouder of vanaf het moment van inroepen door de koper; absoluut of relatief werkende (ver)nietigbaarheid.

Zinvoller is het dan ook om de aandacht te richten op het doel van de 'vernietiging' van art. 3:264 lid 2 BW. Hijma<sup>19</sup> stelt ten aanzien hiervan terecht, dat er sprake is van een tweeslachtig geheel, namelijk een vernietiging die niet bedoeld is een echte vernietiging te zijn. Immers, de

<sup>18</sup>MvA II bij art. 3.9.4.8 (3:264) BW, Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 815-816.

<sup>19</sup>Hijma, diss., p. 243-245.

vernietigingsverklaring (de oproeping van het huurbeding) is in de eerste plaats een beroep van de hypotheekhouder op zijn eigen rechtspositie. Slechts voor zover die positie bedreigd wordt, beoogt hij in te grijpen in de huurverhouding die is ontstaan tussen de hypotheekgever en de huurder, een verhouding die krachtens art. 7A:1612 BW tegen hem zou kunnen worden ingeroepen.<sup>20</sup> Hijma geeft aan, dat de oproeping niet zozeer gericht is op vernietiging van de huurovereenkomst, maar dat het de wet is die dat gevolg aan de handeling van de hypotheekhouder verbindt.

ˆIn wezen gaat het om een geval van niet-inroepbaarheid: de huurder kan zijn huurovereenkomst niet als juridisch in acht te nemen gegeven aan de hypotheekhouder tegenwerpen. Dat daarbij voor de positieve formulering is gekozen (de hypotheekhouder kan wél tegenwerpen), benadrukt nog eens dat de kwestie slechts actueel wordt indien de hypotheekhouder inderdaad zijn van rechtswege geconserveerde rechtspositie vervolgt.<sup>21</sup>

Goed beschouwd verklaart Hijma de regeling van art. 3:264 BW impliciet tot een omweg, stellende dat het hier gaat om een ˆvernietiging' die niet bedoeld is een echte vernietiging te zijn, en dat het in wezen gaat om een beroep door de hypotheekhouder op zijn eigen rechtspositie, ofwel, om een geval van niet-inroepbaarheid van de huurovereenkomst. Deze uitleg maakt de problematiek rond de ˆvernietiging' inzichtelijk, maar kan toch niet leiden tot enige oplossing. Het uitgangspunt van schrijver is namelijk het positieve recht, het bestaan van art. 3:264 en de toepasselijkheid van 7A:1612 BW:

ˆM.i. dient de onderhavige materie als volgt te worden benaderd. Art. 3.9.4.8 NBW (art. 3:264 BW, RW) strekt ertoe de hypotheekhouder die het huurbeding gemaakt heeft te beschermen tegen in strijd daarmee aangegane huurovereenkomsten (.): hij dient zijn oorspronkelijke executiemogelijkheden te behouden. Dit executierecht kan de hypotheekhouder uitoefenen zonder dat de (later ten tonele verschenen) huurder het ˆkoop breekt geen huur' kan geldend maken (noot 133)<sup>22</sup>.

Getuige dit fragment is het huurbeding nodig om te voorkomen, dat de ˆlater ten tonele verschenen huurder' art. 7A:1612 BW geldend kan maken.

De ware oorzaak van de problematiek ligt echter een fase eerder, namelijk in het toepasselijke achten van art. 7A:1612 BW op het geval, dat een huurder *later* ten tonele verschijnt, ofwel, op de situatie ˆhuur-na-hypotheek'. De behoefte aan een ˆvernietiging' die geen vernietiging is, ofwel de behoefte aan een huurbeding, *ontstaat* door de ruime uitleg van dit artikel. Zou art. 7A:1612 BW niet van toepassing geacht worden op een verhuuring *na* hypotheekvestiging, dan zou er geen noodzaak zijn voor een huurbeding en zou de bron van moeilijkheden en onduidelijkheden rond dit beding worden weggenomen. Thans echter moeten de gevolgen weggeredeneerd worden van het kennelijke ˆfeit', dat een huurovereenkomst die is aangegaan ná de hypotheekvestiging, in beginsel inroepbaar is tegen de hypotheekhouder. Thans ook is het doel van alle verklaringen en mogelijke interpretaties van ˆvernietiging' in art. 3:264 BW, een resultaat te bereiken dat *zonder* de ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW en *zonder* het daardoor noodzakelijke art. 3:264 BW, al zou bestaan.

---

<sup>20</sup>A.w., p. 244, noot 133.

<sup>21</sup>Hijma, a.w., p. 245.

<sup>22</sup>Hijma, a.w., p. 244. In noot 133 verwijst schrijver naar art. 7A:1612 BW.

### 6.3. Relativiteit en meer dan één hypotheekhouder

#### 6.3.1. Problematiek

De problematiek van de veronderstelde relatieve werking van het huurbeding komt scherp tot uiting in twee situaties: 'eerste hypotheek - huur - tweede hypotheek' en: 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur'. Stel dat in beide situaties de hypotheekhouders een huurbeding hebben opgenomen in de hypotheekakte; in beide gevallen ook wil de eerste hypotheekhouder het verbonden goed gaan executeren. Hij dient nu een afweging te maken in welke 'juridische' staat hij het verbonden goed gaat uitwinnen, zulks in verband met de te verwachten opbrengst. Mag hij die afweging voor zichzelf maken of moet hij, op straffe van bijvoorbeeld 'misbruik van bevoegdheid' (art. 3:13 BW) rekening houden met de tweede hypotheekhouder of zelfs ook met andere betrokken schuldeisers die (uiteraard) baat hebben bij de hoogst mogelijke opbrengst? Deze vraag zal vooral bezien vanuit de optiek van de eerste hypotheekhouder hierna, onder A aan de orde komen. Daarna, onder B, wordt nagegaan of de tweede hypotheekhouder kan bewerkstelligen dat ook zijn vordering kan worden voldaan uit de opbrengst.

#### A. Een vraag van *afweging* voor de *executerende* hypotheekhouder

In welke 'juridische' staat mag of moet de eerste hypotheekhouder het verbonden goed uitwinnen: verhuurd of onverhuurd? Mag hij die afweging voor zichzelf maken of moet hij, op straffe van 'misbruik van bevoegdheid' (art. 3:13 BW) rekening houden met de tweede hypotheekhouder? Het uitgangspunt bij de beantwoording van de vraag is art. 3:264 lid 2 BW, luidende (voor zover van belang):

'(...) dat een in strijd met het beding gekomen rechtshandeling slechts wordt vernietigd ten behoeve van degene die het (beding, RW) inroept, en niet verder dan met diens recht in overeenstemming is.'

'Ten behoeve van degene die het (beding) inroept' en: 'niet verder dan met diens recht in overeenstemming is.' Deze woorden doen het antwoord op de vraag op het eerste gezicht waarschijnlijk luiden als volgt: de hypotheekhouder maakt de afweging *in beginsel* voor zichzelf en niet ook voor andere belanghebbenden.<sup>23</sup> Hem komt in deze een zekere autonomie toe: hij heeft het huurbeding voor zichzelf en in zijn eigen belang in de hypotheekakte doen opnemen; het strekt te zijnen behoeve, namelijk tot behoud van de waarde van zijn zekerheidsobject. Het moet hem dan óók vrijstaan om een beroep op het beding achterwege te laten en het goed in verhuurd staat in veiling te brengen (bijvoorbeeld indien hij een voldoende opbrengst, ook mét instandhouding van het huurrecht, voorziet). Dit laatste kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit hetgeen de wetgever stelt met betrekking tot beperkte rechten, die ná het hypotheekrecht zijn totstandgekomen en die in beginsel door zuivering (art. 3:273 BW) vervallen:

<sup>23</sup>Zie in gelijke zin bijv. P. Rodenburg, NJB 1981/25, p. 647, nr. 3; P.A. Stein, WPNR 5735 (1985), p. 268, nr. 24; R. Zwitser, NTBR 1994/9, p. 208-214; Albers-Dingemans (1998), p. 22. Zie ook hiervoor, hoofdstuk 4, par. 4.5. Zie voor nadere argumentatie hierna, par. 6.3.2.

Anderszjds zal het aan iedere executant aan wie het beperkte recht niet kan worden tegengeworpen, vrij staan het goed niettemin bezwaard met dat recht in veiling te brengen. Een eventuele koper zal het dan slechts onder de last van dat recht verkrijgen.<sup>24</sup>

Een dergelijk antwoord op de vraag - de eerste hypotheekhouder maakt de afweging alleen voor zichzelf - strookt met de omstandigheid, dat het bestaan van een andere (tweede) hypotheekhouder en de omvang van diens vordering, aan de eerste hypotheekhouder veelal onbekend zullen zijn. Men kan zich voorts ook afvragen of een dergelijke 'maatschappelijke' taak kan worden opgelegd aan de veilende, eerste hypotheekhouder. Met de hierboven beschreven 'autonomie' van de hypotheekhouder zou zoets in ieder geval niet stroken en evenmin met de opvatting die is neergelegd in art. 3:264 lid 2 BW: het huurbeding heeft enkel werking in de relatie hypotheekgever-hypotheekhouder.

Maar hoe te oordelen, wanneer het de eerste hypotheekhouder wél duidelijk is dat inroeping van het huurbeding alleen nodig zou zijn om voldoening van de vordering van de tweede hypotheekhouder te bewerkstelligen?<sup>25</sup> Weer dient de veronderstelde relativiteit van art. 3:264 BW zich aan.

In de situatie 'eerste hypotheek - huur - tweede hypotheek' belandt men namelijk bij de vraag, hoe relatief het huurbeding werkt: moet de tweede hypotheekhouder de - te zijnen opzichte - *oudere* huur hoe dan ook respecteren, of wordt ook hij van het huurrecht bevrijd door de inroeping van het huurbeding door de eerste hypotheekhouder? Kan hij, indien van een dergelijke 'bevrijding' sprake zou zijn, met het oog daarop de eerste hypotheekhouder op enigerlei wijze dwingen een beroep te doen op diens huurbeding? Staat de tweede hypotheekhouder hier toe bijvoorbeeld een beroep open op art. 3:13 BW, het leerstuk van misbruik van bevoegdheid?

In de situatie 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur' wordt aan de problematiek nog toegevoegd, dat er zowel ten aanzien van de eerste als de tweede hypotheekhouder sprake is van een *jonger* huurrecht. De tweede hypotheekhouder zou, indien hij aan veilen zou toekomen, zélf een huurbeding (indien gemaakt bij de hypotheekvestiging) kunnen inroepen tegen de latere huurder. Moeten deze omstandigheden leiden tot het oordeel, dat de eerste hypotheekhouder niet mag nalaten een beroep op zijn eigen huurbeding te doen, op straffe van misbruik van bevoegdheid jegens de tweede hypotheekhouder? Kan de tweede hypotheekhouder wellicht zelf nog enige invloed uitoefenen op zijn 'lotsbestemming'?

Het geldende recht biedt hier geen eenduidige antwoorden. Bij het zoeken naar een antwoord dient mijns inziens uitgegaan te worden van autonomie van de hypotheekhouder als goederenrechtelijk gerechtigde: hij heeft slechts iets met derden te maken voor zover het recht hem dat oplegt. Voorbeelden van dit laatste zijn: het vereiste verlot voor inroeping van het huurbeding (bij woonruimte ex art. 7A:1623a-1623f BW, zie art. 3:264 leden 5 en 6 BW) en de prioriteitsregel die (onder andere) is neergelegd in art. 3:273 BW (een ouder recht gaat voor

<sup>24</sup>MvA II ad art. 3:9.4.19 (art. 3:273 BW), Parl. Gesch. Boek 3, p. 838.

<sup>25</sup>Hetzelfde lijkt te gelden, indien de veilende hypotheekhouder te maken krijgt met latere beslagleggers (schuldeisers die na de hypotheekvestiging beslag hebben gelegd); zie Albers-Dingemans (1998), p. 22, twee uitspraken van de President van de Rechtbank Amsterdam aanhalende (20 oktober 1995, NJ 1996, 528 en 14 juni 1996, NJ Kort, (1996), 54). De problematiek rond een eerder of later gelegd beslag wordt echter beheerst door art. 475h en/of 505 lid 2 Rv; zie hieronder, par. 6.3.2 en hoofdstuk 10, par. 10.3.1.

een jonger recht). Grenzen van zijn 'autonomie' worden voorts in beginsel aangegeven door artikelen als 6:162 BW (onrechtmatige daad), 6:2 en 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid) en 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid), die alle de maatschappelijke verantwoordelijkheid bij het verrichten van feitelijke en rechtshandelingen onderstrepen dan wel nader invullen.

Door de veronderstelde, maar qua uitwerking hoogst onduidelijke relatieve werking van art. 3:264 BW wordt de aandacht in volle omvang op die grenzen van de autonomie gevestigd. Kunnen de leerstukken van de onrechtmatige daad en van de redelijkheid en billijkheid in deze kwestie van afweging voor de tweede hypotheekhouder daadwerkelijk van dienst zijn? Het is zeer de vraag. Zo kan de (niet-) uitoefening door de eerste hypotheekhouder van zijn rechten uit het huurbeding gezien het systeem van art. 3:264 BW toch moeilijk aangemerkt worden als een onrechtmatige daad jegens de tweede hypotheekhouder (6:162 BW) of als onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (vgl. art. 6:2 en 6:248 BW).

Niet waarschijnlijk is ook dat het optreden van de eerste hypotheekhouder kan worden beperkt door art. 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid).<sup>26</sup> Voor een beroep op een dergelijk misbruik zal de redenering namelijk moeten zijn, dat de eerste hypotheekhouder het huurrecht niet in stand mag laten indien de tweede hypotheekhouder uit de opbrengst niet meer volledig kan worden voldaan, terwijl dat bij een verkoop 'vrij van huur' wél het geval zou zijn. De voorwaarde voor het slagen van een dergelijk beroep zou zijn, dat in beide gevallen (wel of geen beroep op het huurbeding) de vordering van de eerste hypotheekhouder volledig uit de opbrengst voldaan kan worden. Immers, art. 3:13 BW eist een onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening (in casu: de niet-uitoefening van het beding) en het belang dat daardoor wordt geschaad. Die onevenredigheid moet bovendien zodanig zijn, dat de eerste hypotheekhouder niet tot de (niet-) uitoefening van het huurbeding zou kunnen komen. Uiteraard komt een dergelijke beoordeling neer op een weging van (zeer) feitelijke aard. Hoe moeilijk die afweging is, komt bijvoorbeeld tot uiting in de vraag, of er in deze moet worden onderscheiden tussen de beide situaties, 'eerste hypotheek - huur - tweede hypotheek' en: 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur'.

Het welslagen van een beroep op art. 3:13 BW is voorts onzeker, omdat het de opstelling zou vergen van een zekere norm van 'moreel besef', aan welke norm het handelen van de executerende eerste hypotheekhouder zou moeten worden getoetst. Vereist zou zijn, dat deze zou (hebben) moeten beseffen, dat niet-inroeping van 'zijn' huurbeding onnodige en onaanvaardbaar negatieve gevolgen zou hebben voor de tweede hypotheekhouder. Een eerste moeilijkheid is dan echter: moet tussen de beide situaties, 'eerste hypotheek - huur - tweede hypotheek' en 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur' worden onderscheiden? Een volgend probleem is: indien een dergelijke norm van moreel besef zou worden opgesteld, dan komt de bijbehorende redenering erop neer, dat de veilende hypotheekhouder de afweging die hij voor zichzelf maakt - veilen in verhuurde of onverhuurde staat - óók zou moeten maken voor tweede en volgende hypotheekhouders en, indien dit wordt aangenomen, ook voor andere, lager gerangschikte schuldeisers. Hij zou, door het enkele feit dat hij eerste hypotheekhouder is en een huurbeding gemaakt heeft bij de hypotheekvestiging, 'zijns mede-schuldeisers hoeder' zijn geworden. Hij zou zich bij het zoeken van verhaal voor zijn

<sup>26</sup>Zie onder meer W.M. Kleijn, noot onder HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 (Albers/Assmann en Donck), onderdeel IV; G.J. Visser, WPNR 5409 (1977), p. 629-634, met reacties van D. Botje en G.N. Nelemans, WPNR 5425 (1978), p. 158-159 resp. 159-160 en naschrift van Visser, WPNR 5425 (1978), p. 160; R. Zwitser, NTBR 1994/9, p. 208-214; Albers-Dingemans (1998), p. 22-23.

eigen vordering, steeds moeten afvragen of de vorderingen van andere schuldeisers uit de opbrengst kunnen worden voldaan. Dit resultaat is zozeer in strijd met de beginselen van ons (pri-vaat)recht, waarin iedere schuldeiser in beginsel voor zijn eigen belangen dient op te komen (vgl. bijvoorbeeld titel 3.10 BW en de artikelen 26 en 110 F; een uitzondering is wellicht art. 57 lid 3 F), dat de bruikbaarheid van art. 3:13 BW bij de vraag hoe relatief de werking (inroeping) van art. 3:264 BW geacht moet worden te zijn, niet zeer groot kan zijn.

Samengevat: de veronderstelde relatieve werking van art. 3:264 BW vertroebelt in hoge mate het uitgangspunt, dat iedere schuldeiser in beginsel zijn eigen belangen dient te bewaken. Vele nieuwe vragen worden erdoor in het leven geroepen zodra een eerste hypotheekhouder het jegens hem verbonden goed wil gaan uitwinnen. Hij lijkt door art. 3:264 lid 2 BW te worden veroordeeld tot belangenbehartiger van de overige schuldeisers. De twijfel omtrent de 'relatieve werking' van 'zijn' huurbeding leidt hem regelrecht in een impasse, waar noch met het 'systeem' van dit wetsartikel, noch met de overige leerstukken van het burgerlijke recht zoals onrechtmatige daad, redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid, uit te komen is.

Vermeld zij reeds, dat uit de hieronder volgende analyse duidelijk zal worden, dat het zoeken naar een uitweg uit de impasse ook een kansloze inspanning is: de problematiek vloeit namelijk voort uit de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW en die uitleg roept complicaties als hier aan de orde onontkoombaar en vooral blijvend in het leven. Dat die ruime uitleg en daarmee ook de hier geschetste problemen geheel overbodig zijn, is in eerdere hoofdstukken al aangegeven. Enige bescherming van de huurder wordt er namelijk niet mee bereikt, het tegendeel zelfs: de uitleg maakt de opneming van een huurbeding (in de wet en, door de hypotheekhouder, in de hypotheekakte) noodzakelijk, met alle uit dat beding voortvloeiende onzekerheden van dien. Hoogstens zou indirect van enige huurdersbescherming gesproken kunnen worden als gevolg van de ruime uitleg. De regeling van art. 3:264 leden 5-6 BW (voorafgaande toestemming president rechtbank voor/bij inroeping huurbeding) komt namelijk ook voort uit het bestaan van dat huurbeding. Echter, deze - op zich nuttige - bescherming staat geheel los van de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW en ook van het huurbeding als zodanig. In hoofdstuk 10<sup>27</sup> zal een eigen benadering worden uitgewerkt waarin die bescherming als te behouden instituut is opgenomen, maar dan als voorafgaande toetsing van de verhaalsuitoefening door de hypotheekhouder. In dat hoofdstuk wordt namelijk een beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW gepresenteerd: aan het artikel komt geen werking toe in de situatie 'huur-na-hypotheek'. In die uitleg is de oorzaak van moeilijkheden als de veronderstelde 'relatieve' werking van art. 3:264 BW weggenomen. Welhaast overbodig is het om dan te vermelden, dat aan complicaties als hierboven beschreven, niet wordt toegekomen.

### *B. Problemen omtrent inroeping voor de tweede hypotheekhouder*

Bezieet men de hiervoor onder A beschreven problematiek meer specifiek vanuit de positie van de tweede hypotheekhouder, dan is de centrale vraag: hoe kan deze bewerkstelligen, dat ook zijn vordering voldaan kan worden uit de opbrengst? Als uitgangspunt gelden opnieuw de situaties 'eerste hypotheek - huur - tweede hypotheek' en 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur'. De rechtspositie van de tweede hypotheekhouder is in situaties als deze slechts in negatieve zin een zekere: als lager gerangschikte kan hij de executie niet overnemen van de eerste

<sup>27</sup>In par. 10.5.24 wordt de hier besproken problematiek heroverwogen vanuit een beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW.

hypothekhouder (art. 544 lid 3 Rv). In de situatie 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur' komt daar nog de wrange omstandigheid bij, dat de tweede hypotheekhouder zélf een huurbeding (indien gemaakt bij de hypotheekvestiging) tegen de latere huurder zou kunnen inroepen *indien* hij aan veilen had kunnen toekomen. De kans is voorts groot, dat in beide situaties de opbrengst van het te executeren goed slechts in *onverhuurde* staat voldoende zal zijn om zowel de vordering van de tweede als die van de eerste hypotheekhouder te voldoen. In *verhuurde* staat zal alleen de vordering van de eerste hypotheekhouder voldaan kunnen worden.

Stel nu, dat de eerste hypotheekhouder het goed aanbiedt in de veilingvoorwaarden in *verhuurde* staat. De tweede hypotheekhouder heeft één belang: ook zijn vordering uit de opbrengst voldaan zien. De vraag is: kan hij dat realiseren? Het antwoord is naar huidig recht betrekkelijk eenduidig; het is onzeker. Het huurbeding werkt relatief, namelijk in de relatie hypotheekgever-hypothekhouder (de hypotheekhouder die het beding deed opnemen in de hypotheekakte). 'Afwachten' en rechtsonzekerheid is wat er overschiet voor de tweede hypotheekhouder. Het onderstaande mag dit nader illustreren.

Wanneer het tweede hypotheekrecht ná het huurrecht tot stand is gekomen en de tweede hypotheekhouder dus een *jonger* recht dan de huurder heeft, zal hij in ieder geval niet zijn huurbeding tegen de huurder kunnen inroepen. De vraag is dan wel, zoals hierboven onder A al ter sprake kwam, of hij de veilende, eerste hypotheekhouder kan dwingen een beroep op diens huurbeding te doen, bijvoorbeeld omdat het 'nalaten' hiervan zou neerkomen op misbruik van diens niet-inroepingsbevoegdheid jegens de tweede hypotheekhouder.

Heeft de tweede hypotheekhouder een *ouder* recht dan de huurder, dan zou hij, indien hij zou veilen, het huurbeding dat hij zelf heeft gemaakt kunnen inroepen tegen de latere huurder. Kan hij nu de veilende, eerste hypotheekhouder dwingen om met het oog op een hogere opbrengst wél een beroep op het huurbeding (dat van de eerste hypotheekhouder) te doen? Kan hij zich verzetten tegen de veilingvoorwaarden, waarin de eerste hypotheekhouder aankondigt in *verhuurde* staat te willen verkopen? Kan de tweede hypotheekhouder een beroep op zijn eigen huurbeding doen terwijl het de eerste hypotheekhouder is die 'vrij van huur' executeert?<sup>28</sup> Kan de tweede hypotheekhouder bij een voorgenomen executie 'vrij van huur' als belanghebbende verlangen, zoals art. 517 lid 2 Rv bepaalt, dat

'(..) de veilconditiën tevens inhouden dat de zaak wordt verkocht vrij van daarop rustende rechten of beperkingen, die niet tegen het recht van deze belanghebbende kunnen worden ingeroepen.?'

Kan of moet de tweede hypotheekhouder zich ook op deze wijze 'voegen' in de executie door de eerste hypotheekhouder, indien deze het goed wél reeds in *onverhuurde* staat aanbiedt? Met andere woorden: werkt de inroeping van het huurbeding door de eerste hypotheekhouder tevens ten behoeve van de latere hypotheekhouder(s) of moet iedere belanghebbende zélf een beroep op zijn eigen huurbeding doen? En, indien één inroeping ten behoeve van allen werkt, moeten dezen, om van die werking te kunnen profiteren, dan ook zelf een huurbeding gemaakt hebben?

Zoals gezegd: heldere antwoorden en enige rechtszekerheid biedt het huidige systeem rond art. 3:264 BW niet. Een aanknopingspunt voor de inroepingskwestie lijkt slechts art. 517 lid 2

<sup>28</sup>J.E. Fesevur, WPNR 6269 (1997), p. 319-320, komt bijvoorbeeld tot deze interpretatie van de relatieve werking van art. 3:264 BW. Zie nader hieronder, par. 6.4.

Rv te zijn. In een recente discussie betoogt Heyman, dat de tweede, niet-veilende hypotheekhouder zich krachtens art. 517 lid 2 Rv in verbinding met art. 515 en 551 Rv kan voegen in de veilingprocedure en een beroep op het huurbeding kan doen.<sup>29</sup> De toepasselijkheid van art. 517 lid 2 Rv bij de inroeping wordt echter ontkend, dan wel sterk in twijfel getrokken, door Huijgen.<sup>30</sup> Deze schrijver stelt, dat de wetgever een andere bedoeling heeft gehad met de relativiteit van art. 3:264 lid 2 BW. De relativiteit zou meebrengen, dat de inroeping van een huurbeding enkel is voorbehouden aan de veilende hypotheekhouder. De tweede, niet-veilende hypotheekhouder kan zich in die veiling niet 'voegen' op de wijze van art. 517 lid 2 Rv, omdat de wetgever in art. 526 Rv de huurder van dit systeem heeft uitgesloten, zulks onder verwijzing naar art. 3:273 BW, waar de huurder evenmin wordt genoemd onder hen wier recht door de executie komt te vervallen. Het is derhalve het 'basis'-systeem van art. 7A:1612 BW dat geldt, aldus Huijgen: een latere huur werkt tegen een eerder hypotheekrecht, tenzij het huurbeding wordt ingeroepen. Het beding werkt echter alléén ten behoeve van de inroepende hypotheekhouder.

Geconcludeerd mag worden na de voorgaande onderdelen A en B, dat het huurbeding met zijn veronderstelde relatieve werking tot een afwegingsprobleem leidt voor de eerste hypotheekhouder, in ieder geval in de situatie 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur' en mogelijk ook in de situatie 'eerste hypotheek - huur - tweede hypotheek'. Mag hij vrijelijk besluiten tot verkoop 'vrij van huur', of riskeert hij onder enige omstandigheid een beroep op misbruik van zijn bevoegdheid? De tweede hypotheekhouder heeft in beide situaties te maken met een aanzienlijke rechtsonzekerheid. Hij wil dat er door de eerste hypotheekhouder 'vrij van huur' wordt verkocht, maar het is de vraag of hij een dergelijke verkoop kan bewerkstelligen. Het eventuele feit dat hij ouder gerechtigde is ten opzichte van de huurder en ook zélf een huurbeding heeft gemaakt, lijkt het aantal vragen en daarmee de onzekerheid over zijn rechtspositie alleen maar te doen toenemen. Een vaste 'leer' omtrent de werking van art. 3:264 BW is er intussen niet, en ook de ontstaansgeschiedenis van dit artikel en zijn voorganger, art. 1230 Oud BW, biedt geen uitkomst. Hierin wordt geconstateerd dát het huurbeding slechts geldt ten behoeve van de schuldeiser die het in de hypotheekakte heeft doen opnemen.<sup>31</sup> Van enige nadere motivering, anders dan de reeds gegeven ratio (bescherming van hypothecaire schuldeisers tegen schade door verhuring/verpachting of door vooruitbetaling van huur- of pachtpenningen<sup>32</sup>), is geen sprake.

### 6.3.2. Analyse

---

<sup>29</sup>WPNR 6255 (1997), p. 86-88.

<sup>30</sup>Huijgen, WPNR 6255 (1997), p. 88-89.

<sup>31</sup>Vlg. Hand. II 1832-1833 (Bijl.), p. 590 (MvT): '(...) het (artikel, RW) zal echter alleen gelden, indien de partijen zulks uitdrukkelijk hebben bedongen en dat beding, ter zijde van het perceel, op de openbare registers is bekend gemaakt; het geldt alleen ten behoeve van dien schuldeischer.'

<sup>32</sup>Zie hoofdstuk 1, paragraaf 1.3.3.



Dat de bovenbeschreven problematiek bestaat is niet verwonderlijk. De wetgever hanteert met 'de' werking van het huurbeding een dusdanig hybride denkwijze, dat vragen zoals hier aan de orde, onvermijdelijk zijn. De denkwijze vindt zijn oorsprong in een - op zichzelf - loffelijk streven: een evenwichtige verhouding tussen een hypotheekhouder en een huurder. Een hypotheekhouder mag geen nadeel ondervinden van huurovereenkomsten die zijn gesloten nádat zijn hypotheekrecht is gevestigd. Tegelijkertijd dient een huurder zoveel mogelijk beschermd te worden tegen (de onnodige uitoefening van) een hypotheekrecht.<sup>33</sup> Bij die lofbetuiging voor het streven moet het echter blijven. De uitwerking in de huidige wet en in de rechtsleer roept de beschreven moeilijkheden onontkoombaar in het leven. De bescherming van de huurder wordt namelijk bereikt door art. 7A:1612 BW zodanig ruim te interpreteren, dat *alle* huurovereenkomsten worden bestreken, ook diegene die zijn aangegaan *na* de hypotheekvestiging. *Ieder* huurrecht kan op grond van dit artikel tegen iedere hypotheekhouder (met een eerder of later recht dan het huurrecht) worden ingeroepen. Vervolgens moet er een huurbeding aan te pas komen om de rechtspositie van de hypotheekhouder, zoals die was bij vestiging van zijn hypotheekrecht, te 'bewaren'.<sup>34</sup> Het resultaat van dat huurbeding in zijn oorspronkelijke vorm (zie art. 3:264 lid 1 BW en art. 1230 Oud BW) is echter weer, dat *ieder later* huurrecht door de hypotheekhouder kan worden genegeerd. Dat is zoals gezegd ook niet de bedoeling en zo wordt er in art. 3:264 BW een tweede lid opgenomen, dat de relatieve werking van het huurbeding voorstaat.<sup>35</sup> De relatieve werking roept vragen als hier weergegeven in het leven. De problematiek bijvoorbeeld rond de botsing van een beslaglegger met een hypotheekhouder wordt beheerst door de artikelen 475h en 505 lid 2 Rv. Een plaatsing hiervan in het licht van de relatieve werking van art. 3:264 BW getuigt van de verwarring die het huurbeding - of beter: de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW - veroorzaakt.

Vat men het in de vorige alinea betoogde schematisch samen, dan is het beeld: ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW (toepasselijkheid op 'huur-na-hypotheek'), reparatie (art. 3:264 lid 1 BW), reparatie (art. 3:264 lid 2 BW), vragen en onduidelijkheden, onderling tegenstrijdige antwoorden en 'oplossingen', rechtsonzekerheid.

## 6.4. Relativiteit en de rang van de vergoedingsvordering van de huurder

### 6.4.1. Problematiek

Stel dat de situatie is: 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur'. De eerste hypotheekhouder executeert 'vrij van huur'. De hogere opbrengst, vurig door de tweede hypotheekhouder gewenst, wordt gerealiseerd en dient verdeeld te worden. De vraag is echter: hoe? Een vraag van uitleg omtrent de relatieve werking van art. 3:264 lid 2 BW dient zich aan: welke rang heeft de schadevergoedingsvordering van de huurder (art. 3:264 lid 7 BW)? Is dat direct

<sup>33</sup>Zie hiervoor, hoofdstuk 4, par. 4.2.2 en hoofdstuk 1, par. 1.4.3.

<sup>34</sup>Zie reeds de wetgever in 1830, hiervoor beschreven in hoofdstuk 1, par. 1.3.3.

<sup>35</sup>Ook onder het oude recht werd de relatieve werking van de inroeping van het huurbeding algemeen aangenomen; zie bijvoorbeeld J. Eggens, Themis 1921, p. 226, 231-232; E.M. Meijers, noot onder HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (De Boer/Haskerveenpolder), p. 1265; (het overzicht bij) A.R. de Bruijn, RM Themis 1961, p. 119; Hijma, diss., p. 243-245; Asser-Van Velten Zakenrecht III (1986), nr. 281. Zie voorts omtrent de overbodigheid van de 'relatieve werking' van art. 3:264 lid 2 BW hierna, hoofdstuk 10 (par. 10.3.2 sub a).

na de eerste hypotheekhouder, maar vóór de tweede hypotheekhouder, of is het na de *tweede* hypotheekhouder? De vraag is aan de orde, omdat het tweede lid van art. 3:264 BW vermeldt, dat

‘(.) een in strijd met het beding gekomen rechtshandeling slechts wordt vernietigd ten behoeve van degene die het inroept, en niet verder dan met diens recht in overeenstemming is.’

Deze bepaling suggereert, dat de inroeping van het huurbeding door de eerste hypotheekhouder alleen ten behoeve van deze werkt. De eerste hypotheekhouder kan een hogere opbrengst realiseren door onverhuurd te verkopen, en daaruit kan hij zijn vordering voldoen. Voor het overige blijft alles bij het oude: ‘eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur’. Maar is het zo eenvoudig? Art. 3:264 lid 7 BW namelijk biedt de huurder die zijn recht verloren ziet gaan, een schadevergoedingsvordering en bepaalt het volgende over de rang van die vordering:

‘Indien het recht van de huurder of pachter door vernietiging krachtens lid 2 verloren gaat, wordt aan hem uit de bij de executie verkregen netto-opbrengst van het goed met voorrang onmiddellijk na hen tegen wie hij zijn recht niet kon inroepen, een vergoeding uitgekeerd ten bedrage van de schade die hij als gevolg van de vernietiging lijdt.’

Nu is de vraag: wie zijn die ‘hen, tegen wie hij zijn recht niet kon inroepen’? Is dat alleen de eerste hypotheekhouder of mede de tweede hypotheekhouder die ook zélf een huurbeding had doen opnemen in de hypotheekakte? In de literatuur zijn - in hoofdlijnen - twee benaderingen aan te wijzen. Aan de ene kant staan zij, die in eerstgenoemde zin antwoorden: het vergoedingsrecht van de huurder neemt rang direct ná de veilende hypotheekhouder.<sup>36</sup> De ‘andere kant’ streeft naar een handhaving van de oorspronkelijke volgorde (‘eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur’) en betoogt, dat de huurder eerst aan bod komt na de *tweede* hypotheekhouder.<sup>37</sup> Een korte weergave van de verschillende betogen mag één en ander verduidelijken.

Het standpunt, dat de huurder rang neemt direct ná de executerende hypotheekhouder, wordt op de volgende wijzen aangehangen en gemotiveerd. In de Praktijkgids Onroerend Goed wordt de situatie ‘eerste hypotheek - erfpacht - huur’ besproken.<sup>38</sup> De hypotheekhouder executeert het verbonden goed met een beroep op het huurbeding. Het huurrecht vervalt (art. 3:264 lid 2), alsmede het erfpachtsrecht (art. 3:273 BW). De huurder en de erfpachter krijgen een vergoedingsvordering (respectievelijk de art. 3:264 lid 7 en 3:282 BW). Dan heet het:

‘De schade van de verdreven huurder wordt bepaald. De vraag op welke wijze dit geschiedt, is van groot belang, zeker voor de erfpachter, wiens recht misschien zelfs ouder is dan dat van de huurder. De executie brengt meer op dan nodig is om de financier tevreden te stellen. Misschien is er nog genoeg om de schade van de huurder te vergoeden en is de erfpachter het kind van de rekening.’<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup>Zie bijvoorbeeld Praktijkboek Onroerend Goed, IG - 40, p. 24-25; Huijgen, WPNR 6223 (1996), p. 363-364.

<sup>37</sup>In deze zin bijvoorbeeld Van Ingen, WPNR 6238 (1996), p. 692-693; Kleijn, WPNR 6244 (1996), p. 819; Heyman, WPNR 6255 (1997), p. 86-88; Fesevur, WPNR 6269 (1997), p. 319-320.

<sup>38</sup>Praktijkboek Onroerend Goed, IG - 40, p. 24.

<sup>39</sup>T.a.p.

Waaróm het vergoedingsrecht van de huurder hier rang zou nemen boven dat van de erfpachter (3:282 BW), ook wanneer het recht van erfpacht van ouder datum is dan het huurrecht, wordt niet vermeld.<sup>40</sup> Het wordt kennelijk afgeleid uit art. 3:264 lid 7 BW, dat spreekt van een vergoedingsrecht van de huurder dat rang neemt onmiddellijk na hem tegen wie de huurder zijn recht niet kon inroepen. De tekst in de Praktijkids Onroerend Goed vervolgt dan:

‘We zouden kunnen zeggen dat verhypothekering met een huur- of pachtbeding in de akte betekent de vestiging van dat zakelijke zekerheidsrecht, onmiddellijk gevolgd *door dat van een voorrecht van de huurder of pachter dat boven alle latere zakelijke rechten dan de hypotheek gaat.*’ (cursivering RW).

Dit betoog leidt tot de volgende aanbevelingen<sup>41</sup>:

- indien het huur- of pachtbeding tijdens de duur van het hypotheekrecht in de hypotheekakte wordt opgenomen (als wijziging), mag het geen nadeel toebrengen aan inmiddels totstandgekomen zakelijke rechten, beslagen of voorrechten;
- in het geval van een *na* de verhuur gevestigde hypotheek of in het geval van een alsnog in een bestaand hypotheekrecht opgenomen huur- of pachtbeding, zou de hypotheekgever de huurder/pachter moeten verwittigen, diens toestemming moeten vragen of toestemming moeten verkrijgen van de kantonrechter. De huurder moet immers weten of het door hem gehuurde goed een hypotheekobject wordt (of het dit bij verhuuring reeds is, kan hij zien in de openbare registers).

Hier wordt kennelijk geconcludeerd tot een ‘voorrecht van de huurder, dat boven alle latere zakelijke rechten dan de hypotheek gaat’. Met deze conclusie, in samenhang met art. 3:264 lid 7 BW, wordt klaarblijkelijk het standpunt gemotiveerd dat de huurder rang neemt direct ná de executerende hypotheekhouder.

Huijgen<sup>42</sup> verdedigt hetzelfde standpunt, maar baseert de uitkomst op de bijzondere relatie van het huurbeding in deze situatie: inroeping van het beding werkt slechts ten behoeve van de (inroepende) eerste hypotheekhouder; de tweede hypotheekhouder mag daarvan ‘derhalve’ geen voordeel hebben. Het pand blijft te zijnen aanzien als het ware verhuurd. Bij een feitelijke ontruiming door de huurder dient dit er redelijkerwijs toe te leiden, dat de huurder met zijn schadevergoedingsvordering rang neemt boven de vordering van de tweede hypotheekhouder.<sup>43</sup> Huijgen stelt dat de regel van art. 3:264 lid 7 BW in dit geval anders uitpakt dan die van art. 3:282 BW, zulks vanwege de relativiteit die art. 3:264 lid 2 BW aanbrengt. De prioriteitsregel die ex art. 3:282 BW zou gelden in het geval van latere beperkte rechten (die door de executie vervallen), wordt bij latere huurrechten gerelativeerd.

Om de vorenstaande situatie te vermijden zal de tweede hypotheekhouder de vordering van de eerste dienen te voldoen, zo stelt Huijgen. Door subrogatie in de rechten van de eerste hypotheekhouder kan de tweede hypotheekhouder de executie ter hand nemen en een beroep

<sup>40</sup>Huijgen, WPNR 6223 (1996), p. 363-364, komt voor de situatie ‘eerste hypotheek-tweede hypotheek-huur’ tot een soortgelijke conclusie: de huurder komt met zijn vergoedingsrecht vóór de tweede hypotheekhouder indien de eerste hypotheekhouder executeert. Schrijver betoogt echter, dat dit resultaat bewust door de wetgever is gewild. Zie nader hieronder.

<sup>41</sup>T.a.p.

<sup>42</sup>WPNR 6223 (1996), p. 363-364.

<sup>43</sup>P. 363, r.k.

op het huurbeding doen. De huurder komt alsdan met zijn vordering ná de 'tweede' hypotheekhouder (die in dat geval degene is tegen wie de huurder zijn recht niet kon invoeren).

Neemt de tweede hypotheekhouder de executie ter hand zónder de vordering van de eerste hypotheekhouder te voldoen, en laat de eerste hypotheekhouder de executie aan de tweede hypotheekhouder over, dan komt de eerste hypotheekhouder in rang ná de huurder, aldus Huijgen. De volgorde wordt dan: 'tweede hypotheekhouder - huur - eerste hypotheekhouder'. De oorspronkelijke volgorde was weliswaar 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur', maar het is de tweede hypotheekhouder die het huurbeding invoert. De relativiteit van deze invoering bewerkstelligt, dat de eerste hypotheekhouder nu als laatste aan bod komt.<sup>44</sup>

De visie van Huijgen veroorzaakt (terecht) een uitgebreide gedachtenwisseling. De volgende benaderingen komen daarbij aan de orde (weergegeven worden slechts de hoofdlijnen):

-in het systeem van titel 3.10 BW gaan pand en hypotheek boven voorrecht, tenzij de wet anders aangeeft (Van Ingen<sup>45</sup>). Art. 3:264 lid 7 BW biedt onvoldoende aanknopingspunten om een dergelijke afwijking te kunnen aannemen. In de situatie 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - derde hypotheek - huur', waarbij de derde hypotheekhouder executeert en het huurbeding invoert, komt de huurder met zijn vordering ná alle, anterieure, hypotheekhouders. In de visie van Huijgen zou de huurder met zijn vordering in rang ná de derde hypotheekhouder, maar vóór de eerste en de tweede komen. Van Ingen verwerpt dan ook de letterlijke interpretatie door Huijgen van art. 3:264 lid 2 BW, dat de huur slechts wordt vernietigd ten aanzien van de hypotheekhouder die het huurbeding invoert. Art. 3:264 lid 2 BW relateert volgens Van Ingen slechts de vernietiging van de huur en ziet niet op de schadevergoedingsverplichting of de rang die deze inneemt.

Huijgen persisteert echter in zijn relativiteitsleer.<sup>46</sup> Ook stelt hij, dat een latere hypotheekhouder veilig is indien hij de executie van de eerste overneemt (hetgeen overigens iets anders is dan voldoening van de vordering van de eerste hypotheekhouder, zoals hij in zijn eerste bijdrage als oplossing aandraagt);

-de verkoop ex art. 3:268 BW wordt gedaan in naam van alle hypotheekhouders met een ouder recht dan het betreffende huurrecht (Kleijn<sup>47</sup>). De tweede hypotheekhouder is dan mede-executant en kan uit dien hoofde ook het huurbeding invoeren. De invoering werkt nu ook ten behoeve van de tweede hypotheekhouder; het relativiteitsprobleem, door Huijgen opgeworpen, is daarmee ondervangen. De conclusie van Huijgen, dat de wetgever met de relativiteit van art. 3:264 lid 2 BW de huurder heeft willen stellen boven een oudere tweede hypotheekhouder, acht Kleijn 'te inconsequent' om te kunnen worden aangemerkt als stilzwijgende bedoeling van de wetgever.

Huijgen acht een dergelijke gezamenlijke executie echter niet mogelijk, onder meer met een beroep op de artikelen 544 en 509 lid 2 Rv, waaruit voort zou vloeien dat de bevoegdheid tot executie slechts aan de hoogst gerangschikte hypotheekhouder toekomt.<sup>48</sup> Met betrekking tot het 'inconsequent' zijn van zijn visie wijst Huijgen op de huurdersvriendelijkheid die de wetgever met art. 3:264 BW voor ogen stond en op het feit,

<sup>44</sup>Huijgen, a.w., p. 364.

<sup>45</sup>WPNR 6238 (1996), p. 692-693.

<sup>46</sup>WPNR 6238 (1996), p. 693-694.

<sup>47</sup>WPNR 6244 (1996), p. 819.

<sup>48</sup>WPNR 6244 (1996), p. 820 r.k.. Bijval krijgt Huijgen op dit punt van Heyman, WPNR 6255 (1997), p. 87 r.k.

dat ook op grond van de leden 4 en 6 van dit artikel een latere huurder kan voorgaan boven een ouder hypotheekrecht;

-krachtens art. 517 lid 2 Rv in verbinding met art. 515 en 551 Rv kan de tweede, niet-veilende hypotheekhouder zich voegen in de veilingprocedure en een beroep op het huurbeding doen (Heyman).<sup>49</sup> De relativiteit van art. 3:264 lid 2 BW dient daarbij niet zo absoluut te worden toegepast als Huijgen wil.

Laatstgenoemde voert in zijn weerwoord echter aan, dat de wetgever in art. 526 Rv de huurder van dit systeem heeft uitgesloten, zulks onder verwijzing naar art. 3:273 BW, waar de huurder evenmin wordt genoemd onder hen wier recht door de executie komen te vervallen.<sup>50</sup> Het 'basis'-systeem van art. 7A:1612 BW geldt derhalve, aldus Huijgen: een latere huur werkt tegen een eerder hypotheekrecht, tenzij het huurbeding wordt ingeroepen. Het beding werkt echter alléén ten behoeve van de inroepende hypotheekhouder;

-het staat iedere hypotheekhouder vrij een beroep te doen op een huurbeding, gemaakt in de eigen rechtsbetrekking met de hypotheekgever (Fesevur<sup>51</sup>). Wanneer bijvoorbeeld de eerste hypotheekhouder gaat uitwinnen, kan ook de tweede hypotheekhouder de ten opzichte van hem posterieure huur met een beroep op 'zijn' huurbeding vernietigen. De rangorde bij de verdeling van de opbrengst is dan overeenkomstig de volgorde van tot stand komen van de betreffende rechten: 'eerste hypotheekhouder - tweede hypotheekhouder - huurder'. De strekking van het huurbeding om de hypotheekhouder(s) te beschermen tegen eventuele nadelige gevolgen van een latere verhuuring brengt deze benadering mee, aldus Fesevur. Gezien deze strekking kan het beroep door de niet-veilende hypotheekhouder eerst gedaan worden nadat de veilende hypotheekhouder het in art. 544 Rv bedoelde exploit van aanzegging heeft uitgebracht; eerder bestaat bij inroeping geen belang.

Huijgen stelt hier vele vragen tegenover, maar betoogt in hoofdzaak dat de bedoeling van de wetgever, blijkende uit de Parlementaire geschiedenis van art. 3:264 BW, meebrengt dat slechts de executerende hypotheekhouder het huurbeding kan inroepen, niet ook een der andere hypotheekhouders.<sup>52</sup> Ook zou niet of nauwelijks nog betekenis toekomen aan de relativiteit van art. 3:264 lid 2 BW, dat spreekt van inroeping 'slechts ten behoeve van degene (enkelvoud!) die het inroept, en niet verder dan met diens recht in overeenstemming is.', aldus Huijgen;

-de wetgever gebruikt het woord 'hen' in art. 3:264 lid 7 BW en gaat aldus duidelijk uit van een meervoud (Albers-Dingemans<sup>53</sup>). Het gaat te ver, zo betoogt deze schrijfster, om vervolgens met een beroep op de in art. 3:264 lid 2 BW neergelegde relativiteit én de huurder bevoorrecht te achten boven de tweede hypotheekhouder én het gebruik van het meervoud te verklaren met het feit dat de tweede hypotheekhouder kan worden gesubrogeerd in de rechten van de eerste hypotheekhouder.

Geconcludeerd mag worden, dat de gedachtenwisseling niet leidt tot een duidelijke interpretatie van art. 3:264 leden 2 en 7 BW. Sterker, de onduidelijkheden nemen alleen maar toe, terwijl

<sup>49</sup>WPNR 6255 (1997), p. 86-88.

<sup>50</sup>WPNR 6255 (1997), p. 88-89.

<sup>51</sup>WPNR 6269 (1997), p. 319-320.

<sup>52</sup>WPNR 6272 (1997), p. 363-364.

<sup>53</sup>Albers-Dingemans (1998), p. 44. Vgl. ook de wetgever van het Ontwerp BW (art. 7:226 en 7:227), TK 26 089, nr. 6, p. 32 sub d.

het einde niet in zicht is.<sup>54</sup> Verontrustend in de discussie is de algehele onoverzichtelijkheid en daarmee de rechtsonzekerheid, die ontstaat bij en door de verschillende interpretaties van art. 3:264 BW. De genoemde auteurs voorzien met op zich begrijpelijke redeneringen vanuit de eigen interpretatie van het artikel de visie van een andere auteur op eenvoudige wijze van een grote hoeveelheid ongewenste resultaten en incongruenties in de uitwerking ervan. Daarbij kan een ieder zich zonder veel moeite verlaten op de strekking van het huurbeding en/of de parlementaire geschiedenis en/of de tekst van art. 3:264 BW.

#### *6.4.2. Analyse*

Aan de orde is de vraag naar het verband tussen de relatieve werking van art. 3:264 lid 2 BW en de schadevergoedingsvordering van de huurder (art. 3:264 lid 7 BW). In de situatie 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur' executeert de eerste hypotheekhouder 'vrij van huur'. De vraag is: welke rang heeft de schadevergoedingsvordering van de huurder (art. 3:264 lid 7 BW)? Is dat direct *na* de eerste hypotheekhouder, maar *vóór* de tweede hypotheekhouder, of na de *tweede* hypotheekhouder? De 'kluwen' van redeneringen en vragen die rond dit probleem ontstaat, is zo groot dat de discussie onbeslist eindigt. Sterker, op dit moment is de rechtszekerheid over dit onderwerp geheel zoek. Een eenduidige benadering van het probleem, laat staan een oplossing, is verder weg dan *vóór* de gedachtenwisseling.

---

<sup>54</sup>Illustratief hiervoor is wellicht het feit, dat de redactie van het WPNR de discussie naar aanleiding van het betoog van Huijgen tot tweemaal toe gesloten verklaart (WPNR 6269 (1997), p. 320 en WPNR 6272 (1997), p. 364).

Zoekt men naar de oorzaak van de verwarring, dan is het van groot belang om in te zien, dat art. 7A:1612 BW in alle hier weergegeven betogen als het ware vanzelfsprekend en onbedreigd van toepassing wordt geacht op de situatie 'huur-na-hypothec'.<sup>55</sup> Immers, in discussie is het huurbeding van art. 3:264 BW in het geval 'eerste hypothec - tweede hypothec - huur'. Die discussie spitst zich toe op het huurbeding en de uitleg van de relatieve werking (lid 2) in verband met de schadevergoedingsvordering van de huurder (lid 7); in een eerder stadium is het echter al volstrekt 'misgegaan' door aan art. 7A:1612 BW een ruime werking toe te kennen. Namelijk, het *latere* huurrecht bindt hier niet slechts één, maar twee eerdere hypothechouders. Met andere woorden: het verschil van inzicht betreft art. 3:264 BW, en dit artikel kan in deze situatie enkel van toepassing zijn, wanneer art. 7A:1612 BW geacht wordt ook dit *latere* huurrecht te bestrijken.

### 6.5. Conclusie hoofdstuk 6

Art. 3:264 lid 2 BW leidt tot de nodige problemen. Zo is onduidelijk hoe de 'vernietiging' waarvan in dit artikel wordt gesproken, moet worden verstaan. De veronderstelde relatieve werking bovendien, die aan het huurbeding is toegedacht, kan tot grote complicaties leiden indien er meer dan één hypothechouder in het 'spel' is. De verhouding tussen de bedoelde relativiteit en de rang van de vergoedingsvordering van de huurder ex art. 3:264 lid 7 BW is bovendien, elegant uitgedrukt, volstrekt onhelder.

De problemen worden veroorzaakt, zo bleek in dit hoofdstuk, doordat art. 7A:1612 BW toepasselijk geacht wordt te zijn op de situatie 'huur-na-hypothec'. De behoefte aan een 'vernietiging' die geen vernietiging is, ofwel de behoefte aan een huurbeding, *ontstaat* door de ruime uitleg van dit artikel. Opvallend is bovendien, dat het doel van ondernomen pogingen ter verklaring of interpretatie van de 'vernietiging' in art. 3:264 BW, steeds is: een resultaat bereiken dat *zonder* de ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW en *zonder* het daardoor noodzakelijke art. 3:264 BW, al zou bestaan.

De problemen die ontstaan wanneer er ten tijde van de executie meer dan één hypothechouder is en al deze hypothechouders een huurbeding hebben doen opnemen in de hypothekakte, zijn eveneens terug te voeren op de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Zoals in paragraaf 6.3.2 werd samengevat: ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW (toepasselijkheid op 'huur-na-hypothec'), reparatie (art. 3:264 lid 1 BW), reparatie (art. 3:264 lid 2 BW), vragen en onduidelijkheden, onderling tegenstrijdige antwoorden en oplossingen, rechtsonzekerheid.

Tenslotte zijn ook de complicaties rond de rang van de vergoedingsvordering van de huurder in verband met de veronderstelde relatieve werking van het huurbeding, een direct gevolg van de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. In de situatie 'eerste hypothec - tweede hypothec - huur' namelijk zijn *beide* hypothechouders als gevolg van de ruime uitleg verplicht om het latere huurrecht te respecteren. De bedoelde complicaties betreffen telkens art. 3:264 BW, maar dit artikel kan in deze situatie enkel van toepassing zijn, wannéer art. 7A:1612 BW ruim wordt uitgelegd en aldus ook dit *latere* huurrecht bestrijkt.

Er zij aan herinnerd dat in de hoofdstukken 8 en 9 wordt onderzocht of er voor deze ruime uitleg in het huidige recht een duidelijke bestaansreden is aan te voeren. Het resultaat is, zo werd al eerder aangekondigd, negatief. Voor de ruime uitleg bestaat geen afdoende rechtvaardig-

<sup>55</sup>Zie bijv. W.G. Huijgen, WPNR 6244 (1996), p. 820 r.k. en dezelfde, WPNR 6255 (1997), p. 89 l.k.

#### WERKING VAN HET HUURBEDING

ging. Ook is deze niet nodig, zo zal blijken, om de rechtspositie van de huurder veilig te stellen. Die rechtspositie verandert zelfs ten goede, indien hij wordt verlaten: de permanent bestaande verwarring en rechtsonzekerheid komen dan te vervallen. In een beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW, hierna in hoofdstuk 10 uit te werken, weet een ieder waar hij aan toe is en wordt het resultaat bereikt dat de wetgever met het huidige systeem rond art. 3:264 BW al twee eeuwen lang en vooral tevergeefs beoogt te bereiken: duidelijkheid en evenwichtigheid in de verhouding tussen hypotheekhouder en huurder.



## 7. Art. 7:226 en 7:227 Ontwerp BW

### 7.1. Inleiding

Art. 7A:1612 BW zal in het komende recht vervangen gaan worden door de artikelen 7:226 en 7:227 Ontwerp BW.<sup>1</sup> Met name door de leden 1 en 2 van art. 7:226 en door art. 7:227 Ontwerp BW<sup>2</sup> zullen de verwarring en de meeste complicaties die thans onder art. 7A:1612 BW bestaan, veroorzaakt blijven worden. De eerste twee leden van art. 7:226 Ontwerp BW luiden:

1. Overdracht van de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft en vestiging of overdracht van een zelfstandig recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal op de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft, door de verhuurder doen de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst, die daarna opeisbaar worden, overgaan op de verkrijger.
2. Overdracht door een schuldeiser van de verhuurder wordt met overdracht door de verhuurder gelijkgesteld.

In art. 7:227 Ontwerp BW wordt bepaald:

‘In geval van vestiging of overdracht van een beperkt recht op de verhuurde zaak, dat niet onder artikel 226 lid 1 is begrepen, is de gerechtigde jegens de huurder verplicht zich te onthouden van een uitoefening van dat recht, die het gebruik door de huurder belemmert.’

Op enkele complicaties wordt in paragraaf 7.2.1 ingegaan. In paragraaf 7.2.2 volgt een analyse. Een conclusie besluit deze bespreking van het Ontwerp BW (7.3).

### 7.2. Enkele complicaties

#### 7.2.1. Problematiek

1. In art. 7:226 lid 1 Ontwerp BW wordt in het algemeen bepaald dat de huurovereenkomst op ‘de verkrijger’ overgaat. Dit heeft tot gevolg dat het soms niet duidelijk is wie er als verhuurder moet worden aangemerkt. Asbreuk-Van Os geeft de volgende voorbeelden.<sup>3</sup> Van een verhuurde zaak wordt tegelijkertijd de blote eigendom overgedragen aan A en een recht van vruchtgebruik gevestigd ten behoeve van B. Krachtens de letterlijke bewoordingen van art. 7:226 lid 1 Ontwerp BW moeten nu zowel A als B als verhuurder worden aangemerkt.<sup>4</sup> Een soortgelijk probleem rijst wanneer een moederrecht wordt overgedragen onder voorbe-

---

<sup>1</sup>Wetsvoorstel 26 089 (Vaststelling van titel 7.4 (Huur) van het Burgerlijk Wetboek). Zie voor een eerste bespreking van de beide artikelen hoofdstuk 1, par. 1.2.4.

<sup>2</sup>Ook in de laatste redactie hiervan, zie TK 26 089, nr. 6, p. 27-35 en nr. 7, p. 1-2. De betreffende stukken verschenen in het stadium waarin dit boek was afgerond; het betoeg van de wetgever kon nog in summere vorm worden verwerkt.

<sup>3</sup>M.M. Asbreuk-Van Os, WPNR 6386 (2000), p. 31-35. De wetgever heeft in zijn reactie op het artikel van Asbreuk-Van Os reeds enkele door schrijfster gesignaleerde problemen weggenomen.

<sup>4</sup>A.w., p. 32, onder 2.2.

houd van een beperkt recht (art. 3:81 BW). Indien A de eigendom van zijn verhuurde zaak overdraagt aan B onder voorbehoud van een recht van vruchtgebruik, is B dan de verhuurder (zie art. 7:226 lid 1 Ontwerp BW)?<sup>2</sup> Maar hoe dan te oordelen voor het geval dat A de volle eigendom van de verhuurde zaak overdraagt aan B en B vervolgens ten behoeve van A een recht van vruchtgebruik vestigt: is A dan de verhuurder (zie art. 7:226 lid 1 Ontwerp BW)?<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup>A.w., p. 32, onder 2.3.

De wetgever antwoordt stellig op deze vragen.<sup>6</sup> Er zou geen probleem zijn, omdat het kort gezegd steeds alleen de beperkt gerechtigde is die verhuurder wordt. Dit antwoord kan de door Asbreuk-van Os aangevoerde gevallen waarin de beperkt gerechtigde jegens de huurder tot méér gehouden is dan hij op de hoofdgerechtigde kan verhalen<sup>7</sup> niet ondervangen. De wetgever erkent dit ook<sup>8</sup>, maar kan er kennelijk mee leven. Ik zou menen dat de door Asbreuk-van Os genoemde gevallen een goede reden zijn om de regeling van art. 7:226 lid 1 Ontwerp BW alsnog nader te overdenken.<sup>9</sup>

2.De artikelen 7:226 en 7:227 Ontwerp BW brengen in de huidige redactie mee, dat behalve een hypotheekhouder<sup>10</sup> ook een vruchtgebruiker, erfpachter en opstaller een *bestaande* huurovereenkomst tegen zich moeten laten werken. De wetgever voegt daar met art. 7:227 Ontwerp BW 'een beperkt recht op de verhuurde zaak, dat niet onder artikel 226 lid 1 is begrepen' aan toe.<sup>11</sup> Asbreuk-Van Os signaleert hier een strijdigheid met de hoofdregel van het privaatrecht, dat bij botsing van een goederenrechtelijk met een persoonlijk recht het persoonlijke recht in beginsel dient te wijken. Voor een uitzondering op die regel is een wettelijke basis vereist; een dergelijke basis is er wel voor een latere eigenaar (art. 7A:1612 BW, opgevat als wettelijke contractsovergang), maar niet voor latere beperkt gerechtigden, aldus schrijfster.<sup>12</sup>

De wetgever stelt hiertegenover, dat ook onder het huidige recht de toepasselijkheid wordt aangenomen van 'het weinig duidelijke artikel 7A:1612' op de vestiging van de rechten erfpacht, vruchtgebruik en opstal (nadat de eigenaar-hoofdgerechtigde eerder had verhuurd) en op de overdracht van de genoemde beperkte rechten (nadat de beperkt gerechtigde had verhuurd).<sup>13</sup> De door de wetgever aangehaalde literatuur wijst inderdaad in deze richting, zij het niet onverdeeld.<sup>14</sup>

3.De regel van art. 7:226 lid 2 Ontwerp BW, door de wetgever aangeduid als principiële hoofdregel<sup>15</sup>, leidt tot moeilijkheden voor de grondeigenaar bij erfpacht, de pandhouder en de retentor. Voor hen ontbreekt in het Ontwerp BW een bescherming tegen een *latere* verhuring (door respectievelijk de erfpachter, de pandgever en de eigenaar), een bescherming die naar huidig recht wel toekomt aan de hypotheekhouder (art. 3:264 BW) en de beslaglegger (art. 453a en 505 lid 2 Rv). Asbreuk-Van Os stelt voor om ook voor de genoemde grondeigenaar, pandhouder en retentor een dergelijke uitzondering op de principiële hoofdregel op te nemen.<sup>16</sup>

---

<sup>6</sup>TK 26 089, nr. 6, p. 30-31 sub c.

<sup>7</sup>Asbreuk-Van Os, a.w., p. 33, ad 2.4.1 sub 2 en sub 3.

<sup>8</sup>A.w., p. 31 sub c.

<sup>9</sup>Zie hieronder, alsmede hoofdstuk 10.

<sup>10</sup>Vgl. (art. 7A:1612 BW jo.) art. 3:264 lid 1 BW; art. 7:226 lid 2 Ontwerp BW.

<sup>11</sup>TK 26 089, nr. 6, p. 34 sub h; TK 26 089, nr. 7, p. 2 sub 8. Ten tijde van het commentaar van Asbreuk-Van Os (WPNR 6386) hield dit tekstgedeelte van art. 7:227 Ontwerp BW nog: 'ander(e) dan de in art. 7:226 lid 1 genoemde beperkte rechten'.

<sup>12</sup>A.w., p. 32, onder 2.4.

<sup>13</sup>TK 26 089, nr. 6, p. 30-31 sub c, p. 34 sub h.

<sup>14</sup>Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Breda 9 november 1976, NJ 1977, 406, beslissende dat uit art. 7A:1612 BW voortvloeit dat een latere erfdienstbaarheid die het eerdere huurrecht niet benadeelt, aan de huurder kan worden tegengeworpen. Zie voorts Smalbraak-Davids (1988), nr. 73 en Asser-Mijnssen-Davids-Van Velten (1996), nr. 182.

<sup>15</sup>TK 26 089, nr. 3, p. 35-36.

<sup>16</sup>A.w., p. 34-35, par. 3.

De wetgever ziet voor nieuwe uitzonderingen op die hoofdregel geen reden.<sup>17</sup> Hij stelt dat de remedie tegen dergelijke latere verhuringen de Actio Pauliana is, zoals geregeld in de artikelen 3:45-48 BW en 42-45 F. Dit is naar mijn mening en voorzichtig uitgedrukt, geen sterke oplossing om drie (kort<sup>18</sup>) te noemen redenen: bewijsproblemen bij de Actio Pauliana<sup>19</sup>; er wordt voorbijgaan aan het gegeven dat een bestaand recht van erfpacht, pand of retentie wordt aangetast door een latere rechtshandeling (verhuring) waar de betreffende gerechtigde geheel buiten staat<sup>20</sup>; ernstige rechtsongelijkheid tussen erfpachter, pandhouder en retentor enerzijds en hypotheekhouder en beslaglegger anderzijds wordt met de Actio Pauliana niet weggenomen, noch verklaard.<sup>21</sup> Het feit dat, zoals de wetgever aangeeft<sup>22</sup>, een latere verhuring door de werking van art. 7:226 Ontwerp BW nog meer schuldeisers zal duperen dan de hier reeds genoemden (in beginsel alle concurrente en preferente crediteuren) maakt diens 'oplossing' tot een des te wrangere.

4. De regel van art. 7:226 lid 2 Ontwerp BW leidt in de situatie 'huur-na-hypotheek' tot onder meer de moeilijkheden en de rechtsonzekerheid zoals in de voorgaande vijf hoofdstukken beschreven. De wetgever wil deze regeling uitdrukkelijk continueren, ook na (beknopte) kritiek op de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW.<sup>23</sup> Die uitleg wordt in art. 7:226 lid 2 Ontwerp BW zelfs tot 'principiële hoofdregel' verheven.

### 7.2.2. Analyse

De beschreven problemen naar aanleiding van de artikelen 7:226 en 7:227 Ontwerp BW zijn terug te voeren op de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW en op een niet (willen<sup>24</sup>) stellen van de vraag door de wetgever of het huurrecht al bestaat of niet ten tijde van de *vestiging* van het beperkte recht (laat staan uit die vraag conclusies trekken). De ruime uitleg wordt in de huidige redactie van de genoemde artikelen van het Ontwerp zelfs in een viervoudig versterkte vorm

---

<sup>17</sup>TK 26 089, nr. 6, p. 34 sub g.

<sup>18</sup>Zie noot 2.

<sup>19</sup>Dat de huurovereenkomst in het algemeen op redelijke termijn opzegbaar is, zoals de wetgever opmerkt (t.a.p.), doet daaraan niet af. Immers, wat heeft de erfpachter, pandhouder of retentor aan dat vooruitzicht op het moment dat hij wil executeren en met een verhuurd goed geconfronteerd wordt?

<sup>20</sup>Nota bene: even verder beroept de wetgever zich op 'de hoofdregel dat obligatoire overeenkomsten niet tegen derden werken.' (a.w., p. 34 sub h).

<sup>21</sup>Asbreuk-Van Os, t.a.p. wijst terecht op deze rechtsongelijkheid. Zie ook reeds Dozy/Jacobs (1999), p. 140-141 en R. Westrik, TCR 1997/2, p. 30-37 (alwaar ook oudere literatuur aangaande deze kwestie).

<sup>22</sup>A.w., p. 34, sub i.

<sup>23</sup>R. Westrik, WPNR 6395 (2000), p. 214-217.

<sup>24</sup>Zie in deze zin uitdrukkelijk TK 26 089, nr. 6, p. 27-35. Voor het huidige recht ontbreekt een principiële uitspraak van de wetgever. Zie hierna, hoofdstuk 8, par. 8.7.3 - 8.7.5.

gehandhaafd.<sup>25</sup> In het onderstaande zal dit nader worden uiteengezet.

De ruime uitleg van art. 7A:1612 BW houdt in, dat het huurrecht óók wordt beschermd tegen een reeds bestaand hypotheekrecht. De eerste versterking daarvan ten opzichte van het huidige recht vindt plaats in art. 7:226 lid 2 Ontwerp BW, in welke bepaling de ruime uitleg uitdrukkelijk en voor het eerst<sup>26</sup> wordt gecodificeerd: een overdracht door een schuldeiser van de verhuurder wordt gelijkgesteld met een overdracht door de verhuurder. In het huidige recht ontbreekt een wetsbepaling op dit punt en is de ruime uitleg al evenmin af te leiden uit de tekst van art. 7A:1612 BW. Toch, zoals ook uit de analyses in de voorgaande hoofdstukken is gebleken, wordt in de bestaande huurbedingregeling impliciet uitgegaan van de ruime toepasselijheid van art. 7A:1612 BW. Alleen dan immers, bij een veiling krachtens een aan het huurrecht *anterieur* hypotheekrecht, dus in de situatie 'huur-na-hypothek', speelt de vraag of de regel 'koop breekt geen huur' op het moment van executie toegepast dient te worden ten detrimente van het *oudere* hypotheekrecht van de executant. Art. 7:226 Ontwerp BW zal in zijn huidige redactie de ruime uitleg en daarmee de in dit boek besproken problemen voor de situatie 'huur-na-hypothek', continueren.<sup>27</sup>

De tweede versterking ten opzichte van het bestaande recht ligt in art. 7:226 lid 1 Ontwerp BW: aan de huurder wordt daarin *geheel in het algemeen* bescherming toegekend tegen

'(..) overdracht van een zelfstandig recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal op de zaak waarop de huur-overeenkomst betrekking heeft'.

---

<sup>25</sup>In WPNR 6395 (2000), p. 214-217, in een reactie op het artikel van mevrouw Asbreuk-Van Os, WPNR 6386 (2000), p. 31-35, werkte ik dit gegeven reeds uit (zie ook het naschrift van schrijfster, WPNR 6395 (2000), p. 217-218).

<sup>26</sup>In de voorloper van art. 7:226, art. 7.4.4.1 lid 2 Ontwerp BW, was een gelijklopende bepaling opgenomen.

<sup>27</sup>Zie de hoofdstukken 2 tot en met 7. Ter vergelijking: de omgekeerde situatie, veiling krachtens een aan het huurrecht *posterieur* hypotheekrecht ('hypothek-na-huur'), levert naar huidig recht geen problemen op. Het later gevestigde hypotheekrecht kan niet aan de huurder worden tegengeworpen. Zo gaan het eerste en vierde lid van art. 3:264 BW er vanuit, dat een reeds bestaand huurrecht kan worden ingeroepen tegen een later hypotheekrecht. Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1367-1373. Dit komt neer op een normale uitleg van art. 7A:1612 BW: hetgeen geldt voor het meerdere, een latere overdracht van het gehuurde door de eigenaar/verhuurder, geldt a fortiori voor het mindere, een latere hypotheekvestiging door die eigenaar/verhuurder. Zie hierna, hoofdstuk 10.

In deze formulering van het artikel wordt de bescherming aan de huurder geboden *ongeacht* de vraag of het beperkte recht dat wordt overgedragen al bestond ten tijde van de totstandkoming van zijn huurrecht of niet. In het huidige recht is het niet goed denkbaar, dat een *bestaand* recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal wordt aangetast door een nadien door de hoofdgerechtigde verleend huurrecht op het betreffende goed. In art. 7:226 lid 1 Ontwerp BW wordt het echter met één penningstreek vastgesteld.<sup>28</sup> In art. 7:227 Ontwerp BW, gelezen in verband met de daarop recent gegeven nadere toelichting door de wetgever<sup>29</sup>, wordt deze aantasting zelfs verder uitvergroot. De algemeen gestelde tekst van dat artikel ligt namelijk in het verlengde van art. 7:226 Ontwerp BW. De verkrijger van een aan het huurrecht anterior beperkt recht moet dat huurrecht respecteren. Maar dan merkt de wetgever op, dat art. 7:227 Ontwerp BW alleen geldt voor na de huurovereenkomst gevestigde beperkte rechten, om te vervolgen met<sup>30</sup>:

'Belemmeringen in het gebruik van het gehuurde op grond van vóór de huurovereenkomst gevestigde beperkte rechten zal de huurder reeds hebben te aanvaarden op grond van de hoofdregel dat obligatoire overeenkomsten niet tegen derden werken.'

Wat is nu rechtens ten aanzien van art. 7:227 Ontwerp BW? (Wie het weet mag het zeggen). En geldt de in het citaat genoemde hoofdregel ook voor art. 7:226 Ontwerp BW, hoewel de tekst daarvan mede tot een andere conclusie leidt?

Mijns inziens ligt de oorzaak van het probleem, zoals hierboven reeds in het algemeen aangegeven, in het niet (willen) stellen van de vraag door de wetgever of het huurrecht al bestaat of niet ten tijde van de *vestiging* van het beperkte recht. Deze vraag heeft overigens niet zozeer met toepasselijk verklaren van 'de prioriteitsregel' te maken<sup>31</sup>, maar met eerbiediging van bestaande rechten, een eerbiediging die ook de wetgever zelf voorstaat.<sup>32</sup>

De derde versterking ten opzichte van het bestaande recht vindt eveneens plaats in art. 7:226 lid 1 Ontwerp BW: bij een 'vestiging of overdracht van een recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal op de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft', krijgt de huurder te maken met twee verhuurders: zijn eigenlijke contractspartij, de eigenaar/latere hoofdgerechtigde, voor de huurverplichtingen *tot aan* de vestiging of overdracht van het beperkte recht, en de verkrijger van het beperkte recht voor de rechten en verplichtingen die *nadien*

<sup>28</sup>De opmerking van de wetgever over art. 7:227 Ontwerp BW, a.w., p. 34 sub h, dat de huurder belemmeringen in het gebruik van het gehuurde op grond van vóór de huurovereenkomst gevestigde beperkte rechten reeds zal hebben te aanvaarden op grond van de hoofdregel dat obligatoire overeenkomsten niet tegen derden werken, kan aan deze letterlijke strekking van de tekst van art. 7:226 Ontwerp BW niet afdoen.

<sup>29</sup>TK 26 089, nr. 6, p. 34 sub h.

<sup>30</sup>T.a.p.

<sup>31</sup>Zoals de wetgever mij voor de voeten werpt, TK 26 089, nr. 6, p. 29-32. Zie ook de onjuiste bewering in deze zin van Asbreuk-Van Os, WPNR 6395 (2000), p. 218 bij noot 11, stellende dat ik de prioriteitsregel in het gehele burgerlijk recht van toepassing wil zien. Dit berust op een verkeerde lezing van mijn betoog (in WPNR 6395 (2000), p. 214-217). Ik sta ook daarin slechts een beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW voor. Deze houdt in: bescherming van de huurder tegen een *latere* overdracht door de eigenaar/verhuurder, een *latere* vestiging van een beperkt recht door deze en/of een overdracht van dit *later* gevestigde beperkte recht (zie hierna, hoofdstuk 10). Dit is wat anders dan de prioriteitsregel in het hele burgerlijk recht van toepassing willen verklaren.

<sup>32</sup>Vgl. bijv. art. 3:264 lid 4 BW en het commentaar van de wetgever daarop, TK 26 089, nr. 6, p. 34 sub h. Zie ook hierna, hoofdstuk 10, par. 10.2.2 sub a en 10.3.1.

ontstaan. Immers, de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst, die na die vestiging of overdracht opeisbaar worden, gaan over op de verkrijger, zo wordt bepaald in het artikel. Niettemin stelt de wetgever hieromtrent<sup>33</sup> dat het alleen de beperkt gerechtigde is die verhuurder wordt. Ook in dit antwoord ligt besloten, dat de wetgever niet de vraag wil stellen of het huurrecht al bestaat of niet ten tijde van de *vestiging* van het beperkte recht.

De vierde versterking is neergelegd in art. 7:227 Ontwerp BW en is hierboven (in het verlengde van de tweede versterking) al besproken.

Het resultaat van het vorenstaande: een eenmaal bestaand huurrecht wordt niet alleen beschermd tegen een latere eigendomsoverdracht door de eigenaar/verhuurder (de oorspronkelijke bedoeling van art. 7A:1612 BW<sup>34</sup>), maar ook tegen oudere en jongere beperkte rechten alsmede tegen overdracht van die rechten 'door de verhuurder' (de eigenaar/hoofdgerechtigde of de beperkt gerechtigde). De werking van art. 7:227 Ontwerp BW voor wat betreft de overdracht van een beperkt recht lijkt de wetgever in zijn nadere toelichting daarbij te willen beperken tot beperkte rechten die ná het huurrecht gevestigd zijn. Wettekst en toelichting wijzen nu verschillende richtingen op.

De in par. 7.2.1 sub 1 genoemde problemen zijn terug te voeren op het niet onderscheiden tussen aan het huurrecht anterior of posterior recht (hetwelk hoogstwaarschijnlijk een gevolg is van het denken in termen de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW<sup>35</sup>). De complicaties welke sub 2 werden genoemd, illustreren dat de wetgever dit onderscheid zich traditioneel (ook) niet goed heeft gerealiseerd. Die welke sub 3 en 4 werden beschreven hebben als ontstaansvoorwaarde de bescherming van een *later* huurrecht tegen reeds bestaande beperkte rechten (de ruime uitleg).

De recente explicatie door de wetgever van het Ontwerp BW werpt intussen wel enig licht op het doel dat hij met zijn benadering nastreeft.<sup>36</sup> Essentieel zou zijn

‘(.) of het verhuurderschap op de verkrijger overgaat, zodat de huurder niet komt te zitten met een verhuurder die over (de, RW) zaak geen zeggenschap heeft.’<sup>37</sup>

Ook voert de wetgever enkele gronden aan voor het uitdrukkelijk continueren van de ruime uitleg in de situatie ‘huur-na-hypotheek’<sup>38</sup>, zulks onder aanhaling van de conclusie van A-G Ten Kate voor het arrest Albers/Assmann en Donck.<sup>39</sup> Die gronden zijn: de eigenaar/verhuurder blijft bevoegd tot verhuur; verhuur betreft het gebruik van de zaken en niet het recht van de verhuurder op die zaken (Ten Kate).

Over deze explicatie kan hier kort<sup>40</sup> het volgende opgemerkt worden. Het streven dat de

<sup>33</sup>Zie hiervoor, par. 7.2.1 sub 1.

<sup>34</sup>Zie hierover hoofdstuk 1, par. 1.2.3 en hoofdstuk 8.

<sup>35</sup>Vgl. de opmerking van de wetgever, TK 26 089, nr. 6, p. 31: ‘Essentieel is niet de al of niet tegenwerpbaarheid van de overdracht of vestiging, maar of het verhuurderschap op de verkrijger overgaat, zodat de huurder niet komt te zitten met een verhuurder die over (de, RW) zaak geen zeggenschap heeft.’

<sup>36</sup>TK 26 089, nr. 6, p. 27-35.

<sup>37</sup>A.w., p. 31.

<sup>38</sup>Zie par. 7.2.1 sub 4.

<sup>39</sup>TK 26 089, nr. 6, p. 32 sub d (zie ook p. 34 sub h onderaan); A-G Ten Kate, conclusie voor HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 m.n. WMK, AA XXV (1976) m.n. G, p. 536-542.

<sup>40</sup>Zie noot 2.

huurder niet komt te zitten met een verhuurder die over de zaak geen zeggenschap heeft, is een op zich terecht streven. Het heeft bij de wetgever echter ten onrechte de status van een soort algemeen grondprincipe waar het systeem van het privaatrecht kennelijk voor moet wijken. In de huidige vorm van een algemene benadering staat het streven namelijk in de weg aan het maken van een onderscheid tussen een aan het huurrecht anterior of posterior recht. Daarmee wordt het 'grondprincipe' onnodig ver doorgevoerd (de onnodigheid blijkt uit de in deze studie beschreven complicaties die, zonder aan het grondprincipe afbreuk te doen, vervallen in een beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW<sup>41</sup>). De ongewenstheid van de complicaties staat buiten kijf.<sup>42</sup> Onnodigheid en ongewenstheid ontnemen iedere rechtvaardiging aan de huidige ruime toepassing van het 'grondprincipe'.

Voorzover de wetgever op de genoemde gronden aanneemt dat het doorkruisen door een later huurrecht van een bestaand hypotheekrecht of een bestaand recht van erfpacht, opstal of retentie wél verklaard en/of gerechtvaardigd wordt, moet gesteld worden dat die aanname niet als zodanig kan dienen, omdat zij berust op ernstig en onnodig gezichtsbedrog.<sup>43</sup> Het feit dat een eigenaar ook na bezwaring van zijn goed met een beperkt recht bevoegd wordt geacht om dit goed te verhuren, betekent immers geenszins dat daarmee het reeds gevestigde beperkte recht moet worden doorkruist. Integendeel, beide 'grootheden' staan los van elkaar. Eerbiediging van bestaande beperkte rechten en 'exploitatie' van het bezwaarde goed door verhuur 'bijten' elkaar in het geheel niet.<sup>44</sup> Voor de bescherming van de behoefte van de huurder aan continuïteit van zijn verhouding tot een verhuurder is de bedoelde aanname in elk geval niet nodig.<sup>45</sup>

Bovendien kan men zich met Asbreuk-Van Os afvragen, of het belang dat met een dergelijke, vergaande inbreuk op de basisregels van het privaatrecht beschermd moet worden, opweegt tegen de gevolgen van die inbreuk: een vergaande verzwakking van de systematische samenhang binnen het burgerlijk recht.<sup>46</sup> Verwezen mag worden naar de in dit boek behandelde problemen voor het huidige recht in de situatie 'huur-na-hypotheek': deze zijn alle een gevolg van de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW.

Gezien de geschetste oorzaak van de problemen is dan echter weer niet goed te begrijpen, dat Asbreuk-Van Os voorstelt om de 'uitzondering' die de wetgever op het bestaande systeem maakt - met alle, ook door Asbreuk-Van Os als ongewenst gekwalificeerde problemen van dien - 'binnen het bestaande systeem'<sup>47</sup> op te lossen met nieuwe uitzonderingen op de uitzondering.<sup>48</sup>

<sup>41</sup>Zie hierna, hoofdstuk 10.

<sup>42</sup>Zie bijvoorbeeld ten aanzien van het hypotheekrecht de reparatiepogingen, neergelegd in art. 3:264 BW. Ook het hierboven beschreven, niet te rechtvaardigen verschil tussen gelijke situaties (de rechtsongelijkheid tussen de grondeigenaar bij erfpacht, de pandhouder en de retentor enerzijds en een hypotheekhouder (art. 3:264 BW) en een beslaglegger (art. 505 lid 2 Rv) anderzijds), behoeft geen nadere toelichting.

<sup>43</sup>Daarbij zij opgemerkt dat A-G Ten Kate in zijn bedoelde conclusie ten aanzien van de genoemde gronden ook voorzichtig stelt, dat hij 'meent dat ook dit uitgangspunt nog juist is'. Dat de Hoge Raad in zijn arrest vervolgens dit uitgangspunt mede verwoordt, wil nog niet zeggen dat er geen sprake kan zijn van gezichtsbedrog. Van een 'achterhaald discussiepunt', zoals de wetgever, TK 26 089, nr. 6, p. 32 betoogt, is geen sprake.

<sup>44</sup>Zie hierna, hoofdstuk 9, par. 9.13, alsmede hoofdstuk 10, par. 10.2.2 (aanhef en sub c, bij 'Ten Kate').

<sup>45</sup>Zie hierna, hoofdstuk 10.

<sup>46</sup>Vgl. in deze zin ook Asbreuk-Van Os, WPNR 6386 (2000), p. 32, die spreekt van een 'uitzondering'.

<sup>47</sup>A.w., p. 32, r.k.. Zij gebruikt deze aanduiding eveneens voor haar voorstel (a.w., p. 35) om het huurrecht op te waarden tot een beperkt recht, een oplossing die zoals zij zelf t.a.p. al aangeeft, de problemen verplaatst.



Hier dreigt hetzelfde te geschieden als bij het huurbeding. Eerst wordt geaccepteerd dat het systeem van het privaatrecht wordt doorkruist door aan de huurder vergaande bescherming tegen een eerder en/of later goederenrechtelijk recht toe te kennen. Deze bescherming, de 'uitzondering' bedoeld door Asbreuk-Van Os, is de (versterkte) ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, een uitleg die voor art. 7:226 lid 2 Ontwerp BW zelfs wordt aangeduid als 'principiële hoofdregel'.<sup>49</sup> Vervolgens wordt getracht om via uitzonderingen op die uitzondering de situatie die zou bestaan *zonder* die (versterkte) ruime uitleg, te herstellen. Nieuwe ongelijkheden en interpretatieproblemen<sup>50</sup> dienen zich vervolgens aan (zie de problemen, besproken in dit hoofdstuk en in de zes hieraan voorafgaande<sup>51</sup>). Gevolg: een nóg verdergaande verzwakking van de systematische samenhang binnen het burgerlijk recht, een nóg grotere ingewikkeldheid van de regeling, nieuwe vragen en onduidelijkheden, een nóg grotere rechtsonzekerheid.

Het lijkt na het vorenstaande haast beschamend om de retorische vraag te stellen: is het niet zinvoller om de *oorzaak* van de problemen weg te nemen en dus de pijlen te richten op de ruime uitleg van de artikelen 7A:1612 BW en 7:226 en 7:227 Ontwerp BW (aan de versterking daarvan in het Ontwerp BW wordt dan niet meer toegekomen)?

### 7.3. Conclusie hoofdstuk 7

De onduidelijkheden en complicaties rond de artikelen 7:226 en 7:227 Ontwerp BW zijn terug te voeren op de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, die in de (tekst van de) nieuwe artikelen wordt voortgezet op een viervoudig versterkte wijze, alsmede op een niet (willen) stellen van de vraag door de wetgever of het huurrecht al bestaat of niet ten tijde van de *vestiging* van het beperkte recht. Het resultaat: een eenmaal bestaand huurrecht wordt niet alleen beschermd tegen een latere eigendomsoverdracht door de eigenaar/verhuurder, maar ook tegen oudere en jongere beperkte rechten en tegen overdracht van die rechten 'door de verhuurder' (de eigenaar/hoofdgerechtigde of de beperkt gerechtigde). In een recent betoog van de wetgever lijkt deze ten aanzien van art. 7:227 Ontwerp BW te bepalen, in afwijking van de tekst van het artikel, dat het artikel slechts ziet op beperkte rechten die ná het huurrecht zijn gevestigd.

Het doel of de achtergrond van de benadering door de wetgever lijkt te zijn, dat telkens het verhuurderschap op de verkrijger dient over te gaan, zodat de huurder niet komt te zitten met een verhuurder die over de zaak geen zeggenschap heeft. Ook dient als uitgangspunt bij de wetgever dat de eigenaar/verhuurder bevoegd blijft tot verhuur, en dat verhuur het gebruik van de zaken betreft en niet het recht van de verhuurder op die zaken. Dit doel en dit uitgangspunt

<sup>48</sup>A.w., par. 3: 'Extra bescherming voor de grondeigenaar bij erfpacht', 'Extra bescherming voor de pandhouder', 'Extra bescherming voor de retentor'.

<sup>49</sup>Ook Asbreuk-Van Os accepteert die 'principiële hoofdregel' (WPNR 6386 (2000), p. 34, par. 3), zulks terwijl deze bestaat in 'de uitzondering' op het systeem van het privaatrecht, een uitzondering die zij eerder (p. 32, r.k.) ernstig in twijfel trekt.

<sup>50</sup>Hieronder zijn mede te begrijpen de door Asbreuk-Van Os, a.w., p. 35, beschreven problemen die zich aandienen wanneer het huurrecht, zoals zij voorstelt, verheven wordt tot een beperkt recht. Ook in deze 'oplossing' wordt de oorzaak van de problematiek, de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, instandgehouden. Zie over dit voorstel ook de wetgever, TK 26 089, nr. 6, p. 27-35.

<sup>51</sup>En de uitroep van Van Oven (1978), p. 182: 'Doch de wijze waarop dit misverstand (de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, RW) wordt geëcarteerd is weinig gelukkig, en heeft op haar beurt tot nieuwe misvattingen aanleiding gegeven.'

kunnen echter het doorkruisen door een huurrecht van reeds bestaande beperkte rechten niet verklaren of rechtvaardigen. Ook kan men zich afvragen, of een dergelijke vergaande bescherming van het huurdersbelang opweegt, gezien de beschreven complicaties, tegen de niet minder vergaande verzwakking van de systematische samenhang binnen het burgerlijk recht, een verzwakking die het directe gevolg is van de generieke bescherming.

De aandacht kan dan ook beter gericht worden op de ruime uitleg, naar huidig recht, van art. 7A:1612 BW en op de versterkte voortzetting daarvan in de artikelen 7:226 en 7:227 Ontwerp BW. In de navolgende twee hoofdstukken 8 en 9 zal onderzocht worden, *waarom* art. 7A:1612 BW algemeen geacht wordt ook te gelden in de situatie 'huur-na-hypotheek'. De uitkomst zal zijn, zo kan reeds worden vermeld: er is geen geldige reden voor de ruime uitleg. De uitleg is zelfs volstrekt overbodig. Voor een versterking van een reeds overbodige ruime uitleg is dan a fortiori geen reden. Wordt de ruime uitleg verlaten, dan tast dat noch de rechtspositie van de huurder noch die van de hypotheekhouder aan. Er vindt zelfs een grote verbetering plaats: de onduidelijkheden en problemen, beschreven in de hoofdstukken 2 tot en met 7, verdwijnen en er komt een einde aan de met het huurbeding samenhangende rechts-onzekerheid. In hoofdstuk 10 zal een dergelijke *beperkte* uitleg van art. 7A:1612 BW worden uitgewerkt.

## 8. Een rechtshistorische verklaring voor de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW?

### 8.1. Inleidende opmerkingen

In de hoofdstukken 2 tot en met 7 bleek dat de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW de bestaansvoorwaarde is voor art. 3:264 BW en ten grondslag ligt aan de verwarring en de vele problemen rond het huurbeding. Indien een huurder ex art. 7A:1612 BW óók beschermd wordt wanneer zijn recht tot stand komt *na* hypotheekvestiging (de situatie 'huur-na-hypotheek'), zal een hypotheekhouder behoefte hebben aan een huurbeding. Eerst dan dienen de moeilijkheden zich aan. Een dergelijke uitkomst maakt benieuwd naar de herkomst van de uitleg en ook naar de oorsprong van art. 7A:1612 BW: is het de historie van dit artikel, die de bescherming van de huurder in de situatie 'huur-na-hypotheek' rechtvaardigt?

Een onderzoek naar het waarom van de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW is om twee redenen klemmend te noemen. In de eerste plaats komt de botsing tussen een *eerdere hypotheekhouder* en een (later) huurrecht in de bronnen (literatuur en rechtspraak van twintig eeuwen) vrijwel niet ter sprake. Art. 7A:1612 BW als zodanig is geschreven voor een 'botsing' tussen een *latere eigenaar* (koper) en een bestaand huurrecht. Indien 'koop breekt (geen) huur' aan de orde is, is het die laatste situatie die besproken wordt. Eerst in meer recente eeuwen is uit enkele opmerkingen wellicht een soort impliciete gelding voor de situatie 'huur-na-hypotheek' af te leiden. Intussen, en in de tweede plaats, blijkt uit de resultaten die - impliciet - door wetgever, rechtspraak en literatuur voor 'huur-na-hypotheek' worden bereikt, dat de ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW nagenoeg algemeen wordt aangehangen (zie de hoofdstukken 2 tot en met 7 en hoofdstuk 9).

Gezien de afwezigheid van besprekingen waarin de situatie 'huur-na-hypotheek' expliciet aan de orde komt, moet de opzet van dit achtste hoofdstuk als volgt zijn. Waar mogelijk wordt het onderzoek op die situatie toegespitst. Twee vragen laten zich daarbij stellen: werd ook in enige bron uit de oudheid een hypotheekhouder gehouden geacht om een later verleend huurrecht te respecteren, en: is er voor die benadering enige reden te vinden in redeneringen uit het verleden? Die redeneringen betreffen echter, zo is al aangegeven, de situatie 'latere eigenaar (koper) versus bestaand huurrecht'. Toch zullen zij als uitgangspunt dienen: wellicht namelijk is uit de uiteenlopende verweermiddelen die aan de huurder in de loop der eeuwen zijn toebedacht, een oordeel af te leiden over het geval waarin hij werd geconfronteerd met executie van het gehuurde door een *eerdere hypotheekhouder* (zijnde een schuldeiser van de verhuurder die zijn recht vóór de verhuring had verkregen).

Bij dit alles wordt de chronologie der laatste twintig eeuwen aangehouden. Zo wordt eerst de rechtspositie van de huurder in het Romeinse recht onderzocht (paragraaf 8.4). De periode tussen de 'actieve gelding' van het Romeinse recht en de negentiende eeuw staat centraal in de paragrafen 8.5 en 8.6. In deze paragrafen komt de confrontatie tussen een huurder enerzijds en een schuldeiser van de verhuurder (8.5) en een rechtsopvolger van de verhuurder (8.6) anderzijds aan de orde. De negentiende eeuw, die mede de totstandkomingsgeschiedenis van het huidige art. 7A:1612 BW omvat, vormt het onderwerp van paragraaf 8.7. Begonnen wordt echter met enkele algemene opmerkingen betreffende de rechtspositie van de huurder door de eeuwen heen (paragraaf 8.2) en enkele aspecten die eigen lijken te zijn aan alle gebruiksverhoudingen in die eeuwen (paragraaf 8.3). Het geheel wordt besloten met een conclusie (8.8).

### 8.2. De rechtspositie van de huurder door de eeuwen heen

De rechtspositie van een huurder kan voor het Nederlandse recht beschreven worden in termen van de indeling in goederen- en verbintenissenrecht. Een consequente toepassing van deze indeling leidt tot de gevolgtrekking, dat de huurder als persoonlijk gerechtigde te allen tijde kan worden verdreven door een goederenrechtelijk gerechtigde. Een bestaand huurrecht kan worden aangetast doordat het verhuurde goed wordt verkocht en geleverd door de verhuurder ('koop breekt huur'). Art. 7A:1612 BW kan gezien worden als een reactie tegen deze consequentie.

Er is echter een onderliggend probleem. In het navolgende zal blijken dat de omschrijving van de achtergrond of ratio van art. 7A:1612 BW niet meer is dan een 'vertaling' van een heersend maatschappelijk gevoelen, een sentiment dat in verschillende rechtsstelsels leeft en geleefd heeft, namelijk: de huurder heeft een niet zeer sterke rechtspositie en verdient daarom bescherming. Met andere woorden, de zwakkere positie van de huurder hoeft niet noodzakelijkerwijs te worden teruggevoerd op een juridische indeling zoals die in goederen- en verbintenissenrecht. In het Romeinse recht bijvoorbeeld, waar een dergelijke rechtssystematische indeling in goederen- en verbintenissenrecht niet voorkwam, was de rechtspositie van de meerderheid der huurders in beginsel eveneens een uitgesproken zwakke.<sup>1</sup> Ook hier werd, als reactie, gezocht naar mogelijkheden ter bescherming van de huurder. Een voorbeeld is het zogenaamde 'onechte derdenbeding' van C.4.65.9<sup>2</sup>, waarbij de eigenaar/verhuurder de koper deed beloven om de huur(der) te respecteren. Zou de koper desondanks op grond van zijn eigendomsrecht de huurder uit het gehuurde zetten, dan kon deze zijn wederpartij, de verkoper/verhuurder tot schadevergoeding aanspreken. Krachtens het beding in de koopovereenkomst zou de laatste dan echter onmiddellijk verhaal kunnen zoeken op de koper/nieuwe eigenaar. Een soortgelijke opmerking kan gemaakt worden ten aanzien van rechtsstelsels waarin het recht van de huurder minder eenduidig zwak was dan in het Romeinse recht, bijvoorbeeld in het recht der Post-Glossatoren. Ook hier werd een uitzondering op het Romeinsrechtelijke uitgangspunt 'koop breekt huur' gevonden, namelijk de 'hypotheek-constructie' van de Post-glossator Bartolus de Saxoferrato. Met een hypotheek die rustte op het gehele vermogen van de verhuurder, werd de huurder tevens hypotheekhouder van het gehuurde. In die goederenrechtelijke hoedanigheid kon hij, indien hij door een koper/nieuwe eigenaar gedwongen zou worden het gehuurde te verlaten, dit gehuurde uitwinnen onder die koper tot verhaal van zijn schade.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup>Zie Zimmermann (1992), p. 342-351 en, zeer uitgebreid over de sociale positie van pachters, *cliens*, schuldgebonden en slaven, De Neeve, diss. 1981.

<sup>2</sup>Zie over dit beding uitgebreid hierna, par. 8.4 en 8.6.1.

<sup>3</sup>Zie over de 'generale hypotheek' van Bartolus hierna, par. 8.6.2.

Uit onderzoek naar de herkomst van art. 7A:1612 BW<sup>4</sup> blijkt, dat dit artikel niet te herleiden is tot alléén een Romeinsrechtelijke benadering of tot een inheems/oud-Vaderlands rechtsstelsel, dan wel tot een verschil tussen die benaderingen en rechtsstelsels. In het Romeinse recht zou vooral de regel 'koop breekt huur' hebben gegolden en in het inheemse en oud-Vaderlandse recht vooral de regel 'koop breekt geen huur'. Gebleken is echter, dat het adagium 'koop breekt huur' noch de theoretische, noch de praktische situatie in het Romeinse recht juist weergaf, en dat veeleer sprake was van bescherming in enigerlei vorm van een huurder. Ook is inmiddels bekend, dat in het inheemse en oud-Vaderlandse recht zowel 'koop breekt huur' als 'koop breekt geen huur' voorkwamen en dat, voor zover sprake was van 'koop breekt geen huur', deze regel bepaald niet eenduidig werd toegepast. Voorts blijkt de regel 'koop breekt huur', wanneer geldend in enig(e) periode, land, regio of stad, ook in het inheemse en oud-Vaderlandse recht zoveel uitzonderingen te hebben gekend, dat per saldo eerder van het tegendeel sprake was.

In de navolgende paragrafen zal beschreven worden, hoe gedurende (de laatste) twintig eeuwen aan de huurder een meer of minder sterke rechtspositie werd toegedacht ten opzichte van de eigenaar. Voor zover een zwakke rechtspositie van de huurder in enig rechtsstelsel leidde tot 'koop breekt huur', is vrijwel steeds gezocht naar mogelijkheden om de huurder bescherming te bieden. Art. 7A:1612 BW is slechts één van die mogelijkheden. In dit licht dienen verschillende visies op de herkomst van het artikel geplaatst te worden, zoals: art. 7A:1612 BW is een reactie tegen strakke juridische logica waar de regel 'koop breekt huur' de uitkomst van is<sup>5</sup>, of: tussen de verschillende rechtsstelsels kan niet scherp worden onderscheiden.<sup>6</sup>

### 8.3. Enkele belangrijke aspecten van gebruiksverhoudingen, historisch beschouwd

Art. 7A:1612 BW ziet op

'(..) het vraagstuk van de invloed van eigendomsovergang van de verhuurde zaak op de huurovereenkomst (..)'.<sup>7</sup>

Het artikel is een van de algemene bepalingen uit de eerste afdeling van de titel over huur en verhuur van Boek 7A BW. Met het artikel heeft de wetgever voor de huurovereenkomst een bijzondere regel gegeven voor de botsende belangen van de nieuwe eigenaar en de huurder. Anders gezegd, de wetgever heeft de rechtspositie van deze personen nader ingevuld voor het geval van eigendomsovergang van de verhuurde zaak.

Huur is echter niet de enige mogelijkheid voor een eigenaar om zijn onroerende zaak tegen betaling van een wederprestatie in gebruik of ter exploitatie af te staan aan een ander.<sup>8</sup> Ook

<sup>4</sup>Te noemen zijn de studies van A.P.L. Nelissen, diss. 1880; J. Gilissen, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, deel XVI (1939), p. 281-319, waarover F.A. Holleman, WPNR 3693-3694 (1940), p. 437-440 resp. 449-452; Cerutti (1972); A.J.H. Pleysier, WPNR 5395 (1977), p. 386-392; Schrage, (1984).

<sup>5</sup>In deze zin Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 88.

<sup>6</sup>In deze zin Schrage (1984), p. 4, 27. Zie ook de bespreking van dit werk door P.L. Nève, RM Themis-6 (1985), p. 580-582.

<sup>7</sup>Vgl. Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 88.

<sup>8</sup>Vgl. bijv. Cerutti (1972), p. 36-43; De Neeve, diss. 1981; Schrage (1984), p. 2.

andere gebruiksverhoudingen zijn mogelijk, bijvoorbeeld erfpacht, vruchtgebruik, pacht of bruikleen. In voorbije eeuwen heeft de gebruiksverhouding met betrekking tot onroerende zaken zich bovendien onder vele andere benamingen voorgedaan. Te noemen zijn bijvoorbeeld uit het gerecipieerde Romeinse recht: het *ius perpetuum in agro vectigali* en de (latere) *emphyteusis* (twee voorlopers van ons recht van erfpacht<sup>9</sup>), *superficies* (opstal), *locatio-conductio rei* (huur van zaken); uit het oud-Vaderlandse en inheemse recht (vóór dit de invloed van het Romeinse recht had ondergaan): huur, pacht, erfhuur, erfpacht, cijns, tijns, tins, erfcijs, erfins, rente, erfrente<sup>10</sup>, nakoop, afsterving, naasting<sup>11</sup>, en uit meer recente eeuwen: beklemming en grondrente.<sup>12</sup>

De inhoud en de betekenis van een gebruiksrecht met een bepaalde naam, bijvoorbeeld het recht van huur, is daarbij niet steeds per rechtsstelsel en/of periode dezelfde geweest.<sup>13</sup> Zo kwam in het inheemse recht, voordat de receptie van het Romeinse recht had plaatsgevonden<sup>14</sup>, aan iedere gerechtigde tot de grond, dus ook de huurder, *weer (gewere)* toe op grond van zijn gebruiksrecht, alsmede een eigen actie. Tegen een ieder kon de gerechtigde optreden; een eigenschap die huur feitelijk tot een - in huidige termen - goederenrechtelijk recht maakte.<sup>15</sup> Door middeleeuwse Romanisten werd onderscheid gemaakt tussen huur voor korte en voor lange tijd (*locatio-conductio* respectievelijk *locatio conductio ad longum tempus*), waarbij aan de huurder voor lange tijd een zakelijke actie, een *ius in re*, werd toegekend (nader bepaald als een soort eigendom (*dominium*), nl. *dominium utile*).<sup>16</sup> In het Romeinse recht werden aan het huurrecht dergelijke 'goederenrechtelijke' eigenschappen uitdrukkelijk niet toegekend, evenmin als dit in ons hedendaagse recht het geval is. In het Romeinse recht en in ons burgerlijk recht heeft de huurder in beginsel slechts een aanspraak op huurgenoegens zijn contractspaar-

<sup>9</sup>Zie hierover Van Oven (1948), p. 163-165.

<sup>10</sup>Opzomming ontleend aan De Blécourt (1939), p. 259. Zie voorts Schrage (1984), p. 22: '(...) omdat voor sommige Duitse steden wel wordt aangenomen dat de huurverhoudingen uit de cijnsverhoudingen zijn voortgekomen. Deze 13e en 14e eeuwse Duitse stedelijke huren hebben dan ook een aantal van de karakteristieken van de cijnsverhouding behouden (...)'. Zie voorts over de stedelijke huur in het Germaanse recht Cerutti (1972), p. 36-43 en, zeer uitgebreid over het gebruik van grond door pachters, *clients*, schuldgebonden en slaven, De Neeve, diss. 1981.

<sup>11</sup>Vgl. Kunst II (1968), p. 166.

<sup>12</sup>Zie over de geschiedenis van gebruiksrechten op onroerende zaken bijv. Fockema Andreae (1906), hfst. II; De Blécourt (1939), p. 257-357; Van Oven (1948), p. 141-165. Inmiddels, per 1 januari 1992, zijn de (zakelijke) gebruiksrechten grondrente en beklemming afgeschaft, althans, is de mogelijkheid deze als nieuwe rechten in het leven te roepen, ontnomen, vgl. Asser-Mijnssen-De Haan (1992), nr. 41,45; Asser-Beekhuis II Zakenrecht (1990), nrs. 320-347.

<sup>13</sup>Zie bijv. De Blécourt (1939), t.a.p.; Cerutti (1972), p. 33-61; De Neeve, diss.; Schrage (1984), hfst. II-V; Kaser (1992), p. 134-139.

<sup>14</sup>Vgl. bijv. Fockema Andreae (1906), p. 200-207; De Blécourt-Fischer (1959), p. 125.

<sup>15</sup>Zie over de *gewere* De Blécourt (1939), p. 189 v., 259; Fockema Andreae (1906), p. 200 v.; Cerutti (1972), p. 45-49. Nelissen, diss., p. 170-183, betoogt overigens - met aanhaling van de nodige bronnen -, dat het toekennen van de 'gewere' aan de huurder diens huurrecht niet tot een jegens derden inroepbaar recht maakte. Zulks omdat de rechtsgrond van de gewere, de *Nutzung*, bij de verhuurder lag; alleen deze kon zich tegen inbreuk door derden verweren. Zie voor een beschrijving van de stedelijke huur, die soms ook goederenrechtelijke trekken vertoonde, Cerutti (1972), p. 36-43.

<sup>16</sup>Vgl. Van den Bergh (1979), p. 24, 39, 42; Schrage (1984), p. 15-16; Schrage (1992), p. 260-261; Feenstra (1994), nr. 355, 84.

tij, de verhuurder.<sup>17</sup>

Aan de vele en verschillende gebruiksverhoudingen is het rangorde-probleem (dat zonder art. 7A:1612 BW tot ontruiming van de huurder zou kunnen leiden) evenmin vreemd geweest. De huurder of, meer algemeen de gebruiker, zal uiteraard allereerst een belang bij bewoning van het gehuurde hebben (gehad). De pachter heeft daarbij tevens een inkomensbelang. Maar door de eeuwen heen, tot op heden, zal in vrijwel iedere gebruiksverhouding een gegeven zijn (geweest), dat de gebruiker voor de exploitatie van het goed kosten maakt of heeft gemaakt. Deze kosten zal hij aan het einde van de rechtsverhouding vergoed willen zien. In gebruiksverhoudingen betreffende landbouwgronden zal de gebruiker bijvoorbeeld enige jaren het land hebben ontgonnen en bewerkt, of op het land hebben gebouwd. De gedane investeringen (in latere jaren gedane inzaaiingen), zal hij willen inoogsten.<sup>18</sup> In stedelijke gebieden kan hij het gehuurde of anderszins in gebruik verkregen in waarde hebben doen vermeerderen door verfraaiing en verbetering. De problemen die hier tussen eigenaar en gebruiker opdoemen zijn niet specifiek voor de huurverhouding.<sup>19</sup>

Al deze aspecten, woon- en inkomensbelang en gemaakte kosten, spelen al een belangrijke rol zolang de rechtsverhouding tussen eigenaar en gebruiker bestaat. Zij worden belangrijker wanneer aan die rechtsverhouding op reguliere wijze, bijvoorbeeld door het aflopen van de gebruiksovereenkomst of opzegging van een erfpacht (art. 5:87 BW) een einde komt. Men vergelijkte voor het huidige recht de regeling van het BW en de Pachtwet in de artikelen 5:89 lid 3, 5:105 lid 2 (*ius tollendi* van erfpachter resp. opstaller), 7A:1603 BW (wegnemingsrecht huurder) en 31 Pachtwet (waardevergoeding aan pachter). Een echt essentiële rol zouden de aspecten gaan spelen, wanneer artikelen als 7A:1612 BW en 34 Pw. niet zouden bestaan en de huurder of pachter vóór afloop van de gebruiksverhouding tot ontruiming genoodzaakt zou kunnen worden, zulks tengevolge van een eigendomsvergang van het verhuurde of verpachte object.

In het navolgende zal de laatste situatie, waarin bescherming voor de gebruiker in beginsel ontbreekt, meer dan eens aan de orde komen. Gezien zowel de vorenbeschreven diversiteit in aanduiding als het qua rechtspositie veelal overeenstemmend karakter van gebruiksverhoudingen dient nogmaals benadrukt te worden, dat de regeling van de artikelen 7A:1612 BW en 34 Pw in het huidige (en toekomstige) recht in grote lijnen een uitdrukking is van wat in abstracto gespeeld heeft in verleden - en zal spelen in toekomstige - gebruiksverhoudingen.

#### 8.4. Romeins recht

<sup>17</sup>Zie voor het Romeinse recht bijv. Van Oven (1945), p. 274; De Neeve, diss., p. 8-9; Kaser (1992), p. 96-97; Feenstra (1994), nr. 343 e.v. Zie voor het huidige recht Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 15; voor het komende huurrecht hiervoor, hoofdstuk 1, par. 1.2.4.

<sup>18</sup>Zie uitgebreid De Neeve, diss. (bijv. hfst. III, Pacht). Een termijn die aan de huurder of pachter na bijv. eigendomsvergang van het gehuurde moest worden gelaten om nog te oogsten, komt in diverse (lokale) rechtsstelsels voor, vgl. Schrage (1984), p. 22-24, die o.a. een Leidse keur van 1406 aanhaalt (termijn voor ontruiming: 6 maanden), en een Oostfriese tekst uit de 13e eeuw (de verhuurder van een hoeve mag de huurder niet vóór Walpurgisdag (1 mei) verdrijven en niet na St. Johannesdag (29 juni)). Hetzelfde geldt voor de koper, want, aldus stelt Schrage (p. 23): 'wie geploegd en gezaaid heeft, die neme de oogst van het jaar, en wie het land gekocht of geruuld heeft, die neme de huurprijs!'

<sup>19</sup>Vgl. De Neeve, diss., t.a.p.; Schrage (1984), p. 2, sprekende van conflicten die zich voordoen zodra onroerende goederen in gebruik worden afgestaan door eigenaren tegen betaling van een wederprestatie.

8.4.1. *Koop breekt huur?*<sup>20</sup>

In het Romeinse recht kon een huurder bij (niet-executoriale) verkoop en levering van het gehuurde door de eigenaar, geconfronteerd worden met een nieuwe eigenaar die hem, huurder, op grond van het eigendomsrecht kon ontruimen. Deze gevolgtrekking wordt in eeuwen ná de Romeinse tijd<sup>20</sup> veelal aangeduid als 'koop breekt huur', een aanduiding die echter om drie redenen onjuist is, althans niet volkomen.

Onjuist is het adagium, omdat verkoop door de eigenaar in het geheel niet een 'breken' van de huurovereenkomst tot gevolg kon hebben.<sup>21</sup> Zulks blijkt wanneer het (ook in het Romeinse recht) obligatoire karakter van de rechtsfiguren koop en huur in ogeschouw wordt genomen: de huurder staat buiten de koopovereenkomst tussen eigenaar en koper, de koper staat buiten de huurovereenkomst tussen eigenaar en huurder. Door de verkoop werd de huurovereenkomst in het geheel niet verbroken. Op grond van de huurovereenkomst juist kon de huurder tegen de (vorige) eigenaar ageren met de *actio conducti*.<sup>22</sup>

Onjuist is de aanduiding eveneens voor zover er mee bedoeld zou worden, dat het niet de koop, maar de levering is (de zakelijke beschikkingshandeling, de bezitsoverdracht) die de huurovereenkomst 'breekt'. Immers, ook deze levering, die de koper tot eigenaar maakt en aldus in de rechtspositie brengt waarin hij zonder meer de huurder kan ontruimen (zie hierna, paragraaf 8.4.2), kan namelijk de eerdere huurovereenkomst tussen de vorige eigenaar en de huurder niet ongedaan maken.

Het in de twee voorgaande alinea's betoogde geldt op soortgelijke wijze voor het geval een huurder in het Romeinse recht werd geconfronteerd met een nieuwe eigenaar die zijn eigendom anders dan krachtens koop had verkregen. Te noemen zijn hier bijvoorbeeld de rechtsfiguren ruil, schenking en legaat.<sup>23</sup> Noch door de eigendomsverschuiving, noch door de

<sup>20</sup>Vgl. Feenstra (1994), nr. 355.

<sup>21</sup>In deze zin concludeert een (zeer) enkele schrijver in twintig eeuwen rechtsgeschiedenis, bijv. Conmanus (1508-1551): verkoop van het gehuurd verbreekt (vernietigt) de huurovereenkomst ('vendage passe louage'). Deze schrijver wordt besproken bij Nelissen, diss., p. 134-135.

<sup>22</sup>Van Oven (1948), p. 274-275; De Neeve, diss., p. 8-11; Honsell-Mayer-Mali-Selb (1987), p. 324-325; Kaser (1992), par. 42 II. Zie voorts Nelissen, diss., p. 8-9 en 178, die als bron van het adagium 'koop breekt huur' het Germaanse recht aanwijst, aangevende, dat het adagium zich pas nadien in 'Romeinse toga' heeft gehuld. Vgl. voor het legaat Spruit (1979), p. 94. Tenietgaan van de huurovereenkomst ten gevolge van verkoop van het gehuurde is ook krachtens de huidige rechtsleer niet mogelijk. De nakoming van de verplichting tot (onder andere) verschaffing van het genot van het gehuurde wordt voor de verhuurder onmogelijk ten gevolge van de door hem verrichte overdracht. De huurovereenkomst gaat hierdoor echter niet teniet; wel heeft de huurder de mogelijkheid deze te ontbinden; vgl. Asser-Hartkamp 4-I (2000), nr. 46.

<sup>23</sup>Vgl. over het contract ruil in het Romeinse recht Kaser (1992), par. 45; over de schenking Kaser (1992), par. 47. Zie over het legaat Van Oven (1948), p. 274; Spruit (1979), p. 91-96; Kaser (1992), par. 76. Het *legatum per vindicationem*, het vindicatielegaat, werkte in het Romeinse recht zakelijk: de legataris verkreeg eigendom direct van de erflater. Een krachtens vindicatielegaat eigenaar geworden legataris kon een huurder zonder meer ontruimen. Het *legatum per damnationem*, het dammatielegaat, werkte niet zakelijk, maar legde op de erfgenaam alleen de verplichting tot uitkering van het legaat. Voldoening aan die verplichting - die de erfgenaam met het oog op zijn gebondenheid jegens de pachter of huurder niet zou willen nakomen, vgl. Spruit, a.w., p. 92 - zou eerst de hierna te bespreken problematiek met een zittende pachter of huurder veroorzaken.



daaraan ten grondslag liggende rechtsgrond (ruil, schenking, legaat) werd de huurovereenkomst 'verbroken'. De huurder kon ook in deze gevallen jegens de eigenaar of de erfgenaam ageren met de *actio conducti* voor de schade, die hij leed door de ontruiming.

Onvolkomen tenslotte is het adagium, omdat voor de huurder de mogelijkheid bestond om, zij het via een omweg, toch enige bescherming tegen een nieuwe eigenaar te verkrijgen. Uit de huurovereenkomst vloeide voor de eigenaar (de contractspartij van de huurder) de verplichting voort om de huurder het ongestoorde genot van het gehuurde te waarborgen. Schond de eigenaar deze verplichting, dan had de huurder enkele 'sancties' tot zijn beschikking; hij kon zonder enige verdere gehoudenheid vertrekken, dan wel een evenredig deel van de huursom aftrekken, dan wel (verdere) schadevergoeding vorderen.<sup>24</sup> Voorts kon de eigenaar<sup>25</sup> een vordering van de huurder uit de *actio conducti* tegemoet zien, strekkende tot nakoming van de verplichting tot verschaffing van het huurgenot.<sup>26</sup> Deze vordering zou uitmonden in een veroordeling tot schadevergoeding, zodra nakoming van de verplichting bij verkoop en levering onmogelijk was geworden. De eigenaar trachtte de vordering in de regel te voorkomen door bij de koop het zogenaamde onechte derdenbeding te maken: hij deed de koper beloven om de huurder voor de duur van het huurcontract in het huurgenot te handhaven. Voor de schade, door de ontruiming veroorzaakt bij de huurder, draaide de koper dan uiteindelijk zelf op: na verhaal door de huurder bij diens contractspartij, de verhuurder, kon de laatste de koper aanspreken wegens schending van de tussen hen bestaande afspraak.

#### 8.4.2. De rechtspositie van de huurder in het Romeinse recht

Het in dogmatische zin uitgewerkte onderscheid tussen eigendom en huur dat wij kennen (eigendom als goederenrechtelijk recht en huur als persoonlijk (verbintenisrechtelijk) recht), was vreemd aan het Romeinse recht.<sup>27</sup> De Romeinse juristen streefden de bestudering en oplossing na van in de rechtspraktijk voorkomende gevallen. Een rechtspositie werd in een geschil vastgesteld (met behulp van de *actiones* en andere rechtsmiddelen<sup>28</sup>). De rechtspositie die partijen in of na het proces zouden blijken te bekleden, vormde primair een weerslag van de plaats die zij

<sup>24</sup>Zie, met deze opsomming, Schrage (1984), p. 7, verwijzende naar de teksten D. 19,2,25,2; D. 19,2,27,1; D. 39,2,13,6; D. 39,2,33. Zie voorts Feenstra (1994), nr. 355, en over de onderlinge verplichtingen (en aansprakelijkheid) tussen huurder en verhuurder Kaser (1992), par. 42 II.

<sup>25</sup>Bij legaat de erfgenaam, zie hierboven.

<sup>26</sup>Zie over de *actio conducti* ook hierna, par. 8.4.2.

<sup>27</sup>Waarschijnlijk is de scherpe indeling in goederen- en verbintennisrecht een produkt van de rechtswetenschap van de rechtswetenschap in latere eeuwen. Hierbij wordt vooral gewezen op de negentiende-eeuwse rechtswetenschap (vnl. de Pandektisten). Deze opvatting over de oorsprong van het begrip zakelijk recht en het daarmee verbonden onderscheid tussen *actio in rem* en *actio personam* staat tussen twee uitersten in de rechtswetenschap. Enerzijds bestaat de opvatting, dat aan het Romeinse recht de tegenstelling zakelijk-persoonlijk *recht* weliswaar verborgen, maar niet minder fundamenteel ten grondslag lag, zulks vanwege het onderscheid in zakelijke en persoonlijke *acties*. Anderzijds wordt betoogd, dat een dergelijk scherp onderscheid eerst in de negentiende-eeuwse rechtswetenschap is ontwikkeld, en bovendien, dat het zich niet in het Romeinse recht laat lezen. Zie voor een overzicht van deze opvattingen en literatuur, Dubischar (1961), p. 3; Feenstra (1979), p. 5-7. Vgl. voorts Feenstra (1994), nrs. 18-27, 81-85; Van den Bergh (1979), p. 16-19.

<sup>28</sup>Vgl. Kaser (1992), par. 2.

als individu - niet: de eigenaar of de huurder in het algemeen - in de samenleving innamen. Dientengevolge was het Romeinse recht zowel inhoudelijk als naar de vorm divers, fragmentarisch en casuïstisch.<sup>29</sup> Van een uitdrukkelijk beoogde eenheid en samenhang in het recht of een vooropgezet systeem<sup>30</sup> was, anders dan in onze huidige burgerlijke wetboeken het geval is, geen sprake.<sup>31</sup>

Geschillen tussen partijen (partijen in het algemeen) werden in het Romeinse recht niet opgelost aan de hand van bestaande wettelijke rechten en verplichtingen, maar met behulp van *actiones*. Een handeling of een tussen partijen bestaande situatie werd door de *praetor* onder een *formula*<sup>32</sup> gebracht, waarna (eventueel) een *actio* werd verleend.<sup>33</sup> De rechtspositie van een huurder werd in dit op *actiones* gebouwde recht afgeleid uit het huurcontract: hem kon alleen een *actio in personam* worden toegekend, een actie jegens zijn wederpartij, de eigenaar (verhuurder). Met een dergelijke 'tegen de persoon' gerichte actie kon in het algemeen de vordering van de eiser worden geëxecuteerd op het vermogen van degene, die tot nakoming van de (persoonlijke) verplichting gehouden was (aanvankelijk was ook verhaal op het lichaam van de debiteur mogelijk).<sup>34</sup> Niet kon een huurder een *actio in rem* instellen, een actie 'tegen de zaak', waarmee een eiser een zaak als de zijne wenste op te vorderen van iemand, die deze onrechtmatig in zijn bezit had.<sup>35</sup> Tot de *actio in rem* werd een huurder niet toegelaten, omdat de actie zag op het eigendomsproces; een huurder daarentegen was in het Romeinse recht slechts bloot houder. Een recht op de zaak, bijvoorbeeld als beperkt (zakelijk) gerechtigde, had hij niet. Bezitter was hij evenmin: alleen de eigenaar was bezitter en deze oefende zijn bezit, zijn 'feitelijke' macht over het gehuurde, uit door middel van de huurder.<sup>36</sup> Het was dan ook de eigenaar die bescherming in zijn bezit toekwam, een bescherming die door middel van bezitsinterdicten werd verleend door de *praetor*.<sup>37</sup>

De huurder stond in beginsel machteloos wanneer nakoming van de verplichting tot verschaffing van het genot onmogelijk was geworden, bijvoorbeeld doordat de eigenaar het gehuurde verkocht en leverde aan een derde (of op de zaak een beperkt zakelijk recht zoals vruchtgebruik of pand vestigde) en de derde de huurder vervolgens tot ontruiming dwong.<sup>38</sup> Hetzelfde gold wanneer een derde feitelijk inbreuk maakte op het recht van de huurder. Een

<sup>29</sup>Vgl. Kaser (1992), par. 2.

<sup>30</sup>Zie voor een voorbeeld van een regel die 'algemene gelding' kreeg door het schrappen van enkele woorden Spruit (1979), p. 88-89.

<sup>31</sup>Dubischar (1961), p. 4-6; Kaser (1992), par. 2 en 3; Van Oven (1948), p. 4-29; Feenstra (1994), nr. 1-27; Van den Bergh (1979), p. 21-25.

<sup>32</sup>In het Edict van de *praetor*, dat hij aan het begin van zijn ambtsperiode afkondigde, waren alle *actiones*, *exceptiones* en andere rechtsmiddelen opgenomen. Voor iedere actie vermeldde het Edict de tekst van de *formula*, die partijen konden aanvragen. Uit deze *formula* konden de voor het betreffende geval geldende rechtsnormen worden afgelezen; (aldus) Kaser (1992), par. 2, 83; Feenstra (1994), nr. 14, 218.

<sup>33</sup>Schrage (1977), p. 6, 10.

<sup>34</sup>Kaser (1992), par. 32, 81 III.

<sup>35</sup>Van Oven (1948), p. 8; Kaser (1992), par. 27 I; Schrage (1984), p. 5-6.

<sup>36</sup>Vgl. Zimmermann (1992), p. 377-383; Feenstra (1994), hfst. XV.

<sup>37</sup>Kaser (1992), par. 19 IV, V en 42 II.

<sup>38</sup>Hetzelfde gold voor een eigendomsovergang krachtens legaat, zie Spruit (1979), p. 90-93, of voor een belasting van het verhuurde met een vruchtgebruik of een pandrecht: de huurder stond in beginsel machteloos tegenover deze gerechtigden tot het gehuurde; vgl. Van Oven (1948), p. 274.

mogelijkheid om zich tegen dergelijke stoornissen te verweren had de huurder niet.<sup>39</sup> De derde kon hij in ieder geval niet aanspreken tot verschaffing van het huurgenot of tot schadevergoeding. In deze gevallen bood enkel de *actio conducti*, uit te oefenen tegen de wederpartij van de huurder, de verhuurder/(vorige) eigenaar, de huurder nog uitzicht op schadevergoeding. Deze op de *bona fides*, de 'goede trouw'<sup>40</sup> gebaseerde actie strekte tot verschaffing van het huurgenot (nadat de verplichting hiertoe was geschonden en de huurder het genot was ontnomen), dan wel, wanneer de stoornis niet ongedaan kon worden gemaakt, tot schadevergoeding.<sup>41</sup>

Het feit dat de eigenaar veelal in het koopcontract op straffe van schadevergoeding van de koper had bedongen om de huurder voor de duur van de huurovereenkomst in het gehuurde te laten (het zogenaamde 'onechte derdenbeding'<sup>42</sup>), bood de huurder geen soelaas bij ontruiming: zoals de nieuwe eigenaar buiten de oorspronkelijke huurovereenkomst stond, zo was voor de huurder de koopovereenkomst tussen verhuurder en nieuwe eigenaar *res inter alios acta*. De huurder kon dus niet zelf tegen de koper optreden wanneer deze - als eigenaar - tot ontruiming van de huurder overging.

Als 'echt' derdenbeding - de afspraak tussen eigenaar en koper schept voor de huurder (de derde in dit geval) wél het recht nakoming van de afspraak van de koper te vorderen, ook als deze eigenaar was geworden - kon deze afspraak tussen verkoper en koper evenmin worden geduid, nu de figuur van het derdenbeding in het Romeinse recht niet voorkwam. De huurder kon aan het beding in de koopovereenkomst, dat mede in zijn belang was gemaakt (mede, omdat de verhuurder zich bewust was van de dreigende schadevergoedingsactie van de huurder) geen enkel recht jegens de nieuwe eigenaar ontlenen.<sup>43</sup> Hij diende de vorige eigenaar tot schadevergoeding aan te spreken; deze kon op zijn beurt de nieuwe eigenaar uit schending van de koopovereenkomst aanspreken.<sup>44</sup>

Was dit resultaat voor de huurder nu anders in twee gevallen die in Romeinse teksten

<sup>39</sup>Schrage (1984), p. 6.

<sup>40</sup>Voor de inhoud van een dergelijke actie konden de juristen zich 'vrijelijk' verlaten 'op hetgeen naar hun oordeel geëist werd door de bona fides', vgl. Feenstra (1994), nr. 346, dit in tegenstelling tot de *actiones stricti iuris*, waar de rechter bij zijn oordeel moet oordelen 'naar strikt recht', dwz naar de letter' (Feenstra (1994), nr. 218). Zie voorts Van Oven (1948), p. 273; De Neeve, diss., p. 8-11; Kaser, par. 83 II.3; Spruit (1994), p. 77-78.

<sup>41</sup>Van Oven (1948), p. 272-275, die tevens, omtrent ontruiming en de *actio conducti*, de teksten D. 19,1,13,30, D. 19,2,25,1, D. 19,2,32 en D. 30,120,2 bespreekt; Kaser (1992), par. 19 V en 42 II. Schrage (1984), p. 6, noemt één uitzondering op het ontbreken van bescherming voor de huurder (D. 43,16,12). A.J.H. Pleysier, *Koop breekt huur in het Romeinse recht*, Hermeneus 1977/2, p. 100-102, bespreekt tevens de tekst C. 4,65,9.

<sup>42</sup>Zie hierover Nelissen, diss., p. 42-44 en 53-74; Ankum (1967), p. 10; Schrage (1984), p. 7. Laatstgenoemden wijzen erop, dat de omstandigheid, dat de verhuurder uit de *actio conducti* aangesproken kon worden voor het totale financiële belang dat de huurder bij het contract had (inclusief de gedeerde winst), waarvan de hoogte bovendien werd overgelaten aan (de schatting van) de huurder zelf, een extra reden vormde om dit beding te maken. Zie over deze bedingen ook de literatuur, genoemd in de volgende noot; vgl. voorts hierna, par. 8.6.1.

<sup>43</sup>Ook uit de tekst van C. 4,65,9 is niet een 'echt' derdenbeding af te leiden in die zin, dat de huurder een eigen recht verkrijgt de koper/nieuwe eigenaar te dwingen hem in het gehuurde te laten; uit het beding tussen verkoper en koper/nieuwe eigenaar, waarbij de laatste heeft beloofd de huurder in het woongenot te zullen handhaven, kon alleen de contractspartij van de koper/nieuwe eigenaar ageren. Zie over deze tekst en de mogelijkheid van echte of onechte derdenbedingen in het Romeinse recht A.J.H. Pleysier, a.w., p. 99-103; vgl. voorts Van Oven (1948), p. 274-275, 332; Cerutti (1972), p. 34-35, en de literatuur, genoemd in de vorige noot.

<sup>44</sup>Kaser, t.a.p.; Cerutti, t.a.p.; Pleysier, t.a.p.; Schrage, t.a.p..

## EEN RECHTSHISTORISCHE VERKLARING?

afzonderlijk worden genoemd, namelijk wanneer door de fiscus aan de nieuwe eigenaar was verkocht en wanneer de nieuwe eigenaar had verkregen krachtens een executoriale verkoop?<sup>45</sup> Was de nieuwe eigenaar in deze gevallen wél (rechtstreeks) aan de pacht of de huur gebonden? Schrage beschrijft deze situaties als

“(.) gevallen waarin de rechtverkrijgende onder bijzondere titel van de verhuurder toch moest instemmen met de aanwezigheid van een huurder of pachter.”<sup>46</sup>

In het eerste geval werd er, evenals bij het hierboven besproken beding, door de verkoper (de fiscus) een verplichting aan de koper opgelegd om de huurder te dulden. Niet duidelijk en in het licht van het hiervoor betoogde over echte en onechte derdenbedingen zelfs onwaarschijnlijk, is of de huurder door dit ‘beding’ van de verkoper jegens de nieuwe eigenaar een eigen aanspraak verkreeg. Met andere woorden, of tussen de koper en de huurder een directe rechtsband ontstond.<sup>47</sup>

Duidelijker lag de situatie in het tweede geval. Bij een executie, die steeds het gehele vermogen van de debiteur betrof, diende de *magister bonorum*, met de voorbereiding van de verkoop belast, de overeenkomsten na te komen die door de debiteur waren gesloten met betrekking tot bepaalde zaken (tenzij die overeenkomsten waren aangegaan met de bedoeling crediteuren te benadelen). De koper (de *bonorum emptor*) kreeg de beschikking over de lichamelijke zaken van de debiteur; de *praetor* verleende aan en tegen de koper de acties die aan de debiteur toekwamen resp. tegen deze konden worden uitgeoefend.<sup>48</sup> Ook aan de huurder van de verhuurde zaak was de koper gebonden; de rechtspositie van de uitgewonnen eigenaar ging als het ware op hem over. Hieruit vloeit voort, dat de huurder tegen de koper ten gevolge van de executie die acties kon instellen, waarover hij voordien tegen de eigenaar kon beschikken. De huurder kon de koper, die zijn nieuwe verhuurder was geworden, rechtstreeks aanspreken. Wel is het een (open) vraag hoe deze overgang op de koper juridisch moet worden geduid. Verschillende mogelijkheden dienen zich hier aan. Te noemen zijn een overgang onder algemene titel; een overgang onder bijzondere titel, maar van een soort ‘algemeenheid van goederen’<sup>49</sup>, of, voor het Romeinse recht bij wijze van uitzondering, een overgang van de huur-overeenkomst met de overgang onder bijzondere titel van de verhuurde zaak<sup>50</sup> (de contractsovergang van het huidige art. 7A:1612 BW).

---

<sup>45</sup>Zie de twee, uit de Justiniaanse wetgeving afkomstige teksten D.49,14,50 en D. 42,5,8,1 weergegeven en besproken bij Schrage (1984), p. 11, 17 en tekst 22 en 23. Voorts de hierna in par. 8.6.1 te bespreken tekst C. 4,65,9, welke volgens Nelissen, diss., p. 72, op de situaties in de genoemde teksten eveneens van toepassing is.

<sup>46</sup>A.w., p. 17, onder e., tweede zin.

<sup>47</sup>Nelissen, diss., p. 69-74, concludeert na een uitvoerige bespreking van interpretaties in de Romanistische literatuur tot het ontbreken van een rechtstreekse rechtsband. Vgl. ook Schrage (1984), p. 17 en tekst nr. 22, de opvatting van Otto Papiensis weergevende: de rechtverkrijgende onder bijzondere titel moest instemmen met de aanwezigheid van een huurder of pachter.

<sup>48</sup>Schrage (1984), p. 17; Feenstra (1994), nr. 440.

<sup>49</sup>Vgl. Feenstra (1994), nr. 440; vgl. over de ‘algemeenheid van goederen’ De Ruyter (1963), p. 7-13.

<sup>50</sup>Zie voor een beschrijving van deze contractsovergang (overigens niet met betrekking tot de executieverkoop) Nelissen, diss., p. 67-68.

### 8.4.3. Conclusie

Aanknopingspunten of zelfs een grondslag voor de sterke rechtspositie die de huurder in het huidige recht heeft ten aanzien van een hypotheekhouder die een aan het huurrecht anterieur recht heeft, kunnen in het Romeinse recht niet worden aangetroffen.

Wel kan worden geconstateerd, enerzijds, dat de rechtspositie van de huurder in het Romeinse recht in beginsel een uitgesproken zwakke was. Anderzijds geeft het adagium 'koop breekt huur' niet alleen de theoretische, maar ook de praktische situatie in het Romeinse recht niet juist weer.

De zwakke rechtspositie van de huurder bestond hierin, dat het genot van het gehuurde door de eigenaar aan hem verschaft diende te worden. Verder dan deze aanspraak op grond van de huurovereenkomst reikte zijn rechtspositie niet. Met betrekking tot de gehuurde zaak had hij geen enkele aanspraak. Hij was daarvan slechts bloot houder. Iedere dag in het gehuurde kon de laatste zijn: op grond van het eigendomsrecht kon de eigenaar hem zonder meer uit het gehuurde zetten. Tegen inbreuken door derden kon hij zich evenmin verweren: als bloot houder had hij geen bezit van de verhuurde zaak; bezitsinterdicten stonden hem niet ter beschikking. Werd een derde tijdens de looptijd van de huur eigenaar van het verhuurde, of verkreeg deze daarop een beperkt zakelijk recht (vruchtgebruik, pand), dan kon de huurder zich tegen een ontruiming door de derde, wanneer deze zijn recht uitoefende, niet verweren. Op grond van de huurovereenkomst kon hij met de *actio conducti* enkel schadevergoeding van de verhuurder vorderen.

De praktische situatie was veelal een andere: bij verkoop van het verhuurde deed de eigenaar/verhuurder de koper beloven om de huur(der) te respecteren. Zette de koper desondanks op grond van zijn eigendomsrecht de huurder uit het gehuurde, dan kon de huurder met de *actio conducti* zijn wederpartij, de verkoper/verhuurder tot schadevergoeding aanspreken. Omdat deze vervolgens de koper tot schadevergoeding aansprak wegens niet-nakoming van zijn belofte de huurder niet te ontruimen, troffen de feitelijke en financiële gevolgen voor de huurder van vervreemding en levering van het gehuurde, uiteindelijk niet alleen de verhuurder, maar vooral de koper.

## 8.5. Van Romeins recht tot de negentiende eeuw: de confrontatie tussen een huurder en een schuldeiser van de verhuurder

Een bespreking en/of een regeling van de verhouding tussen een huurder enerzijds en een *schuldeiser* van de verhuurder anderzijds wordt voor de eeuwen die liggen tussen het einde van de 'actieve' gelding van het Romeinse recht<sup>51</sup> en het jaar 1900, nauwelijks aangetroffen. In

---

<sup>51</sup>Het einde van het Romeinse recht kan men markeren met het einde van het West-Romeinse rijk in 476 na Chr.; het oostelijke (Byzantijnse) deel van het oorspronkelijke Romeinse rijk stond echter tot 565 na Chr. onder de regering van keizer Justinianus. Het Romeinse recht kan daarom geacht worden te hebben bestaan tot en met het keizerrijk van Justinianus. Vgl. in deze zin Feenstra (1994), mrs. 1-3, 10-11; Hermesdorf (1972), p. 287.

## EEN RECHTSHISTORISCHE VERKLARING?

besprekingen van de kwestie 'koop breekt (geen) huur' wordt de rechtspositie van de huurder vooral afgezet tegen die van de *eigenaar/verhuurder* en diens rechtsopvolger onder bijzondere titel. En zelfs met betrekking tot dit laatste kan slechts gesteld worden, dat de verhouding tussen een huurder, diens verhuurder en een nieuwe eigenaar van het gehuurde niet bepaald eenduidig is benaderd in de Westeuropese landen en rechtsstelsels (in paragraaf 8.6 wordt hierop nader ingegaan).

Wanneer een bron wordt gevonden waarin het gaat om een executie door een schuldeiser, eisen vooral twee vragen de aandacht op. In de eerste plaats: welke regel gold in een stad, streek of land: 'koop breekt huur' (bij executie moet de huurder het veld ruimen) of 'koop breekt geen huur' (de huurder mag juist blijven)? In de tweede plaats: welke uitzonderingen werden op de desbetreffende regel aangenomen?<sup>32</sup> In de aldus ontstane beschrijvingen van oude wetten en rechterlijke uitspraken blijft voor de gevallen van 'koop breekt geen huur' echter onderbelicht de vraag, *waarom óók de executorialie verkoop* in beginsel geacht werd door die regel bestreken te worden.

Een aanknopingspunt ter beantwoording van die vraag is nauwelijks te vinden. Wel wordt een andere vraag gesteld, namelijk welke de ratio is van eventuele uitzonderingen die ten behoeve van de executerende schuldeiser gemaakt worden op de regel 'koop breekt geen huur'. Zo bijvoorbeeld door Nelissen<sup>33</sup>:

'Bij executorialen verkoop konden echter de belangen der crediteuren door het koop breekt geen huur grovelijk worden benadeeld. Immers de geexecuteerde kon zijn onroerende goederen voor langen tijd tegen geringen huurprijs hebben afgestaan, hij kan zich vooruitbetaling hebben bedongen: in 't kort vele middelen had hij, om op slinksche wijze de waarde zijner onroerende goederen te verminderen. Begrijpelijk allezins dus, dat in geval van geregtelijken verkoop, van het koop breekt geen huur in eenige Stad en Landregten werd afgeweken. (..) (volgt een kort overzicht van de 'Stad en landregten').

Holleman wijkt van deze uitleg niet veel af<sup>34</sup>:

'Welke was nu de ratio van de herhaaldelijk aangetroffen uitzonderingsbepaling, dat in geval van executorialen verkoop het overigens geldende adagium "huur gaat voor koop" toepassing miste? (..) Het crediteurenbelang werd dus gesteld boven dat van den huurder. Men achtte het onjuist, dat de opbrengst van het te executeeren goed gedrukt zou worden door het feit, dat er een huurder op zat. Het goed moest zoo gemakkelijk koopers kunnen vinden (..).'

---

<sup>32</sup>Zie bijvoorbeeld, met nadere literatuur, Nelissen, diss., p. 206-209; F.A. Holleman, WPNR 3694 (1940), p. 449-451; Cerutti (1972), p. 55.

<sup>33</sup>Nelissen, diss., p. 206.

<sup>34</sup>A.w., p. 450.

Hetzelfde geldt voor Cerutti<sup>55</sup>:

‘Dat men tot zulk een uitzondering kwam, is wel begrijpelijk. Als een verhuurd goed bij wege van executie ten behoeve van de schuldeiser(s) van de eigenaar moet worden verkocht, wordt, door het feit dat de huur zou moeten worden geëerbiedigd, de waarde van het verhuurde object ongunstig beïnvloed.’

Uit de citaten blijkt onomwonden, dat het adagium ‘koop breekt geen huur’ - wanneer dit geldt - geacht wordt in beginsel óók een executorialer verkoop te omvatten. Een antwoord op de vraag naar het waarom van die aanname kan er echter niet uit afgeleid worden.

Nu is de afwezigheid van het stellen van die vraag wellicht te verklaren door te wijzen op het feit, dat er ook bij executie sprake is van een verkoop, zij het dat deze een gedwongen karakter heeft. Blijkt het te executeren goed op het moment van executie te zijn verhuurd, dan is er, indien de rechtshandelingen huur en verkoop in een chronologische orde geplaatst worden, sprake van de situatie ‘koop-na-huur’; het lijkt dan te gaan om een botsing tussen de huurder en de koper van het goed. Toepassing van één van beide regels, ‘koop breekt huur’ of ‘koop breekt geen huur’, lijkt een logische stap te zijn. Men zie in deze zin bijvoorbeeld Bodenstern<sup>56</sup>:

‘In Holland gold algemeen de regel: ,huur gaat voor koop’; wanneer dus door de keuren geene andere voorziening is gemaakt, bestaat er geen reden om aan te nemen, dat verkoop in executie de huur zou breken. Dienovereenkomstig leert Voet (19:2:17) dan ook, dat een zoodanige verkoop de huur niet breekt (..)’ (Volgt verwijzing naar enkele bronnen, RW).

Sommige keuren maken een andere voorziening. De koper mag de huur na zekeren tijd opzeggen.’ (Volgt verwijzing naar enkele bronnen, RW).

Het is mogelijk dat de verklaring met dit feit zó voor de hand ligt, dat de ‘beginselmattige’ toepasselijkheid van de regel ‘koop breekt geen huur’ op een executorialer verkoop niet aan twijfel onderhevig is. Wonderlijk is het dan echter te noemen, dat er voor die situatie gezocht is naar mogelijkheden om te ontkomen aan de nadelige gevolgen voor de schuldeiser die executeert krachtens een aan het huurrecht *antérieur* recht. Van dit laatste blijkt uit de uitzonderingen op de regel ‘koop breekt geen huur’ die in de hierboven geciteerde werken worden besproken. De strekking is steeds: voorkomen dat de executerende schuldeiser wordt benadeeld door de (latere) verhuuring (men vergelijk de ratio van het huurbeding (art. 1230 Oud BW, art. 3:264 BW)). De uitzonderingen doen vermoeden, dat de toepasselijkheid van het ‘koop breekt geen huur’ op de executie door een schuldeiser van de verhuurder bepaald niet een weloverwogen keuze is geweest.

Een andere mogelijke verklaring kan gelegen zijn in de benadering van de situatie ‘huur-na-hypotheek’ in het oud-Hollandse recht, zoals beschreven door Bodenstern<sup>57</sup>:

‘In Zuid-Afrika schijnt men zich op het standpunt te stellen, dat de verbandhouder het recht heeft dadelijk de huur op te zeggen.

Voor zooverre de oud-Hollandsche bronnen deze quaestie behandelen, wordt er echter eene andere voorziening gemaakt. Bij verkoop in executie, wat de verkooping van verbonden goed altijd is, mag de

<sup>55</sup>A.w., p. 55.

<sup>56</sup>Bodenstern, diss. 1907, p. 137.

<sup>57</sup>A.w., p. 131.

## EEN RECHTSHISTORISCHE VERKLARING?

*kooper* den huurder, na een bepaalden tijd, de huur opzeggen. Niet de executant zegt de huur op, maar de kooper.'

De aandacht zou zich in de door Bodenstein beschreven benadering vooral gericht hebben op de rechtspositie van de koper. Dit zou stroken met het feit, dat de rechtspositie van de huurder in besprekingen van de kwestie 'koop breekt (geen) huur', vooral wordt afgezet tegen die van de *eigenaar/verhuurder* en diens rechtsopvolger onder bijzondere titel. Een antwoord op de vraag *waarom* de regel 'koop breekt geen huur' vrij algemeen geacht werd ook de situatie 'huur-na-hypothek' te bestrijken, kan de benadering echter niet bieden.

De conclusie uit het vorenstaande moet zijn, dat besprekingen van de situatie 'huur-na-hypothek' vooral bestaan in een beschrijving van oude bronnen waarin wisselend 'koop breekt huur' of 'koop breekt geen huur' werd aangenomen. Wat ontbreekt is het stellen van de vraag, waarom het adagium 'koop breekt geen huur' geacht werd zich mede uit te strekken over de executoriale verkoop door een *ouder* gerechtigde schuldeiser van de verhuurder. Tot het stellen van deze vraag bestond overigens alle aanleiding, omdat de uitzonderingen op het adagium niet alleen in het belang van de executerende schuldeiser werden gemaakt, maar bovendien in het leven geroepen moesten worden omdat de executoriale verkoop geacht werd onder het adagium te vallen.

### 8.6. Van Romeins recht tot de negentiende eeuw: de confrontatie tussen een huurder en de rechtsopvolger van de verhuurder

In paragraaf 8.5 werd al aangegeven dat wanneer een bespreking van de regel 'koop breekt (geen) huur' wordt aangetroffen, de rechtspositie van de huurder vooral wordt afgezet tegen die van de *eigenaar/verhuurder* en diens rechtsopvolger onder bijzondere titel. En ook in dat geval is er in de Westeuropese landen en rechtsstelsels geen sprake van een duidelijke en uitgekristalliseerde verhouding tussen huurder, verhuurder, en nieuwe eigenaar van het gehuurde. Zo is het bijvoorbeeld de vraag welk recht - Romeins of inheems - tot uitgangspunt moet worden genomen: is het Romeinse recht in de periode die loopt van de zesde eeuw tot aan de wetenschapsbeoefening door de Glossatoren (circa 1100-1250) slechts summierlijk en in 'genfiltreerde' vorm aanwezig geweest in de Westeuropese rechtsstelsels<sup>38</sup>, of heeft het al vanaf de zesde eeuw tot richtsnoer gediend van rechtspraak en rechtswetenschap in West-Europa?<sup>39</sup> Ook tonen bronnenonderzoeken aan, dat de diverse rechtsstelsels in Europa zich (aanvankelijk) vooral op lokaal niveau hebben ontwikkeld en dat binnen die rechtsstelsels de rechtspositie van een gebruiker van grond ten opzichte van de eigenaar van die grond, diens rechtverkrijgenden en overige derden, kon variëren van - in onze termen - persoonlijk tot (bijna) goede-

---

<sup>38</sup>Kunst I (1967), p. 29-32, 41-46; Van den Bergh (2000), hfst. II. Vgl. voorts Hermesdorf (1972), p. 293-294 en, zeer genuanceerd, De Monté ver Loren/Spruit: Hoofdlijnen (2000), nr. 238-256.

<sup>39</sup>In deze richting Gerbenzon/Algra (1969), p. 90. Uitdrukkelijk in deze zin, aan het einde van de negentiende eeuw, Nelissen, diss., p. 102-103, met een beroep op Von Savigny, die nu juist zou hebben aangetoond dat het Romeinse recht met het einde van Justinianus' Keizerrijk *niet* in de duisternis was verdwenen, zoals tot dan toe veelal werd aangenomen. Kunst I (1967), p. 29 spreekt onverkort van 'Duistere Middeleeuwen'. Van den Bergh (2000), p. 19, is voorzichtiger en plaatst een vraagteken: 'Duistere Middeleeuwen?'.



renrechtelijk.<sup>60</sup> De rechtspositie van de genoemde personen werd daarbij veelal niet zozeer afgeleid uit het rechtskarakter van hun onderscheiden rechten, maar veeleer bepaald door

---

<sup>60</sup>Zie hierboven, par. 8.2 en 8.3.

gedetailleerde wettelijke en jurisprudentile regelingen<sup>61</sup>,

die per rechtsstelsel onderling verschilden (en nog verschillen).<sup>62</sup> Een grote lijn of een duidelijk parallelle ontwikkeling in de rechtsstelsels van bijvoorbeeld Frankrijk, Zwitserland, Oostenrijk, Duitsland, Italië en Nederland kan moeilijk worden aangewezen.<sup>63</sup>

Van een eenduidig recht of een eenduidige ontwikkeling in het Westeuropese recht kan voorts geen sprake zijn, omdat de eigenlijke receptie van het klassieke recht (receptie in de zin van een uitdrukkelijke ontvangst en beoefening) naar tijd en plaats verschilde. Bijvoorbeeld: bij de Glossatoren in Italië vanaf de elfde eeuw, in de Noordelijke Nederlanden pas vanaf het einde van de vijftiende eeuw.<sup>64</sup> Bovendien kan niet gesteld worden, dat de Romeinsrechtelijke *locatio-conductio* sedert de receptie in een bepaald rechtsstelsel de bestaande rechtsfiguren met betrekking tot gebruik van grond en opstallen in het inheemse recht zonder meer heeft verdrongen (inheemse rechtsfiguren waren onder andere (tot aan de 12e eeuw) het Karolingische hofstelsel (hofheer en horige) en de (meestal feodale) verhouding leenheer-leenman<sup>65</sup>). Er was eerder sprake van een zekere vermenging<sup>66</sup>, waarbij het hoogontwikkelde Romeinse recht eigenlijk pas vanaf de 12e eeuw een plaats heeft verworven in het veel minder ontwikkelde inheemse recht. In het bijzonder speelde hierbij een rol de toenemende ingewikkeldheid van het rechtsverkeer, vooral in de steden, als gevolg van de ontwikkeling van handel en nijverheid. Het inheemse recht, dat uit zeer verschillende rechtsbronnen (zowel geografisch als inhoudelijk) moest putten, bleek in toenemende mate de antwoorden op concrete rechtsvragen schuldig te moeten blijven. Deze antwoorden bood het Romeinse recht vaak wel en voor zover nodig vond alsdan, door overname van het Romeinse recht, een zekere 'vermenging' plaats.

Ondanks de grote diversiteit in gebruiksrechten - divers in verschijningsvorm of benaming, inhoud en werking - binnen de rechtsstelsels is er wel één 'rode draad' in de rechtshistorie aan te wijzen. Dit is het inzicht, dat een zuivere toepassing van de Romeinsrechtelijke uitgangspunten tot onbillijkheid jegens de huurder leidt, juist gezien diens contract met de verhuurder en de daaruit voortvloeiende, onomstreden verplichting van de verhuurder tot het verschaffen van het ongestoord genot gedurende de huurtijd. Telkens en in verschillende hoedanigheden keren dan ook terug, in de doctrine en in de praktijk, de pogingen om deze onbillijkheid te verzachten<sup>67</sup>, althans om het belangenconflict tussen betrokkenen op een voor allen aanvaardbare wijze op te lossen.

De juridisch belangrijkste van deze pogingen (die tevens voor het hierna volgende hoofdstuk 9 de belangrijkste zijn) bouwen voort op uitgangspunten en onderscheidingen die ook in het huidige vermogensrecht op volledige gelding aanspraak kunnen maken. Te noemen zijn het uitgangspunt dat uit contract voortvloeiende rechten en verplichtingen alleen de contractspartijen

<sup>61</sup>Schrage (1984), p. 11.

<sup>62</sup>Schrage, t.a.p.. Zie ook de hoofdstukken II-V van dit werk. Men zie voorts de rechtsvergelijkende overzichten van bijv.

G. Hamaker, WPNR 5010 (1968), p. 401-407; D. Michiels, Rechtskundig Weekblad 1991-1992 nr. 20, p. 657-664;

Piotet (1993), alsmede het uitgebreide onderzoek over deze eeuwen door Nelissen, diss., en Van den Bergh, t.a.p..

<sup>63</sup>Zie de Inleiding, onder 7 (Rechtsvergelijking).

<sup>64</sup>Van den Bergh (2000), p. 22-23, 51 v.; Zwalve (1993), p. 11 v., 23 v.

<sup>65</sup>Zie uitgebreid Schrage (1984), p. 21 v.; Nelissen, diss., p. 166 v.

<sup>66</sup>Nelissen, diss., p. 144; Schrage (1984), p. 21-22.

<sup>67</sup>Men zie de eerder genoemde onderzoeken door Nelissen, diss., Cerutti (1972) en Schrage (1984), alwaar ook verdere literatuur.

kunnen binden; het eerder ter sprake gekomen onderscheid tussen eigendom, althans een volledige aanspraak enerzijds en bezit en bloot houderschap anderzijds; het hiermee samenhangende of er zelfs aan voorafgaande uitgangspunt, dat een juridische houder van een registergoed door een bezitter (eigenaar) van dat goed ontruimd kan worden, in tegenstelling tot iemand die in het juridische bezit van het goed is; het uitgangspunt dat niemand meer rechten kan overdragen dan hij zelf heeft.

In het hierna volgende zal - in hoofdlijnen - een aantal belangrijke pogingen tot opheffing van de mogelijke onbillijkheid jegens de huurder geschetst worden voor de periode lopende van het Romeinse recht tot aan de negentiende eeuw. Enkele belangrijke nationale rechtsstelsels, rechtsscholen en soms ook een enkeling in de rechtswetenschap (bijv. Zoll) hebben een 'oplossing' gecreëerd voor het belangenconflict tussen de huurder enerzijds en de verhuurder en de nieuwe eigenaar anderzijds. Het doel is, na te gaan of deze pogingen wellicht enig verband houden met de ruime uitleg van de regel 'koop breekt geen huur' (toepasselijkheid in de situatie 'huur-na-hypotheek').

### 8.6.1. *Glossatoren*

Italiaanse juristen voorzagen tussen ca. 1100 en 1250 het Corpus Iuris Civilis, de Justiniaanse codificatie, van *glossae*. Dit waren woordverklaringen en toelichtingen op de juridische tekst, die bij die tekst werden geschreven. Deze Glossatoren verwierven een diepgaande kennis van het Romeinse recht, waaronder ook het huurrecht. De bestudering van het Romeinse recht werd (in de 13e tot het eind van de 15e eeuw) voortgezet door de zg. Commentatoren of Post-Glossatoren, in een op de praktijk gerichte zin.<sup>68</sup> Het aldus van commentaren voorziene Romeinse recht is voor ons huidige recht van groot belang, omdat het veelal dit recht was, dat centraal stond in de 'receptie' van Romeins recht in West-Europa.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup>Hermesdorf (1972), p. 306.

<sup>69</sup>Vgl. De Monté ver Loren/Spruit: Hoofdlijnen (2000), nr. 238-256; Van den Bergh (2000), p. 46-47; De Smidt (1977), nr. 222-223.

Met betrekking tot de kwestie 'koop breekt huur' bleven de Glossatoren en Commentatoren in meerderheid dicht bij de uitgangspunten van het Romeinse recht.<sup>70</sup> Een duidelijke toepassing hiervan wordt aangetroffen bij de Glossator Azo (overleden in 1230).<sup>71</sup> Een huurder staat juridisch in geen enkele relatie tot de verhuurde zaak, hij heeft geen zelfstandig recht (*ius in re*) met betrekking tot de zaak. Hij kan dan ook geen enkel zodanig recht handhaven, noch jegens de verhuurder, noch jegens derden. Krachtens het huurcontract staat hij enkel in een persoonlijke verhouding tot de verhuurder, en heeft hij slechts persoonlijke acties jegens deze. Bezit van het verhuurde komt hem in het geheel niet toe (noch *civiliter*, noch *naturalis*<sup>72</sup>). Op bescherming door bezitsinterdicten kon hij zich niet beroepen. Ook de rechtspositie van de verhuurder is krachtens de Romeinsrechtelijke uitgangspunten duidelijk bepaald. Zolang hij bezitter is kan hij de huurder uit het pand zetten, zonder zich aan schending van enig recht of bezit van de huurder schuldig te maken. Dit geldt ook, wanneer hij het verhuurde tijdens de huurovereenkomst verkoopt. Als bezitter komt hem deze bevoegdheid toe tot aan de levering, dus totdat eigendom en bezit van het verhuurde op de koper zijn overgegaan. Voor de huurder resteert slechts het recht op schadevergoeding. Wanneer een dergelijke ontruiming in de tijd samenvalt met de koopovereenkomst tussen de verhuurder en de koper is er feitelijk, althans uitwendig, voor de huurder sprake van 'koop breekt huur'. Inhoudelijk niet: de koop breekt niet de huur, de eigendomsoverdracht evenmin. De huurovereenkomst blijft in beginsel bestaan, ook wanneer de verhuurder zijn verplichtingen toerekenbaar niet nakomt en aldus bij verkoop gevolgd door ontruiming (door verhuurder of nieuwe eigenaar) een recht op schadevergoeding voor de huurder genereert.

Een enkeling onder de Glossatoren week in belangrijke mate af van het Romeinse recht. Zo bijvoorbeeld Hugolinus, die zich meer op het standpunt stelde<sup>73</sup>, dat de huurder *een recht* heeft om zich tijdens de huurtijd in het genot van de gehuurde zaak te handhaven (de meeste Glossatoren legden de nadruk op de plicht van de huurder de gehuurde zaak voor de verhuurder te houden). Slechts bij wijze van uitzondering (en niet, zoals in de opvatting van de meeste Glossatoren, als regel) kan de verhuurder hem dit recht door ontruiming ontnemen. Wanneer de huurder zich op grond van zijn recht uit de huurovereenkomst tegen ontruiming door de verhuurder of de nieuwe eigenaar verzet, maakt hij zich volgens Hugolinus niet schuldig aan bezitsontzetting. De huurder wil niet het bezit van de verhuurder of nieuwe eigenaar betwisten, maar zich slechts handhaven in het genot, dat hij

'(.) eenmaal wettig had verkregen'.<sup>74</sup>

In de vooropstelling door Hugolinus van de verplichting van de verhuurder om de huurder een ongestoord genot van het gehuurde te bieden, en daarmee in de toekenning aan de huur-

<sup>70</sup>Schrage (1984), p. 13-14, 19; Nelissen, diss., p. 118, 124-125.

<sup>71</sup>Zie over de Glossator Azo: Nelissen, diss., p. 118-119; Hermesdorf (1972), p. 297.

<sup>72</sup>Zie Schrage (1984), p. 15: naar het in het Middeleeuwse recht gemaakte onderscheid was *possessio civilis* het door de *actio Publiciana* beschermde bezit, of verjaringsbezit; *possessio naturalis* betrof die vormen van houderschap voor een ander die toch als bezit werden beschermd, omdat zij door bezitsinterdicten gehandhaafd konden worden (hoewel zij geen *possessio civilis* betroffen). Zie over dit onderscheid voorts Nelissen, diss., p. 118 en Feenstra (1994), nr. 111.

<sup>73</sup>Aldus Nelissen, diss., p. 120.

<sup>74</sup>Nelissen, diss., p. 121, alwaar ook een uitgebreidere beschrijving van de opvatting van Hugolinus.

der van een recht om zich tijdens de huurtijd in het gehuurde te handhaven, klinkt door het (eveneens) in de 13e eeuw door de Kanonisten ontwikkelde beginsel *pacta sunt servanda* (afspraken moeten worden nagekomen<sup>75</sup>).

De opvatting van Hugolinus vond onder zijn tijdgenoten weinig bijval. Voorafgaand aan de Glossatoren werd al wel gesproken van een recht van de huurder om zich tijdens de huurtijd in het genot van het gehuurde te handhaven (*ius detentionis*). Krachtens een dergelijk *ius detentionis* zou de huurder niet gedwongen kunnen worden het gehuurde `af te geven'; hij zou dit recht ook kunnen tegenwerpen aan een koper, die hem wil ontruimen.<sup>76</sup> Ook vanaf de zeventiende eeuw werd dit *ius detentionis* door schrijvers naar voren gebracht.<sup>77</sup>

Afgezien van deze opvatting omtrent een `recht' van de huurder, een opvatting die geheel van de Romeinsrechtelijke uitgangspunten afwijkt, hebben de Glossatoren de vraag gesteld of het aanvankelijke uitgangspunt `koop breekt huur'<sup>78</sup> een andere interpretatie dan wel uitzonderingen zou toelaten en wel zodanig, dat een rechtsopvolger onder bijzondere titel van de verhuurder de huurder niet uit de zaak zou kunnen verdrijven.<sup>79</sup> Zo heeft om te beginnen Azo zelf zijn uitgangspunt genuanceerd door een (overgeleverd) onderscheid tussen huur voor korte tijd en huur voor lange tijd (langer dan tien jaar<sup>80</sup>) nader uit te werken. Aan de huurder voor korte tijd kende Azo de hierboven omschreven, Romeinsrechtelijke rechtspositie van bloot houder toe. De huurder voor lange tijd daarentegen stelde hij gelijk met een erfpachter en de opstalgerechtigde.<sup>81</sup> Ook de huurder voor lange tijd had derhalve een recht op de zaak, namelijk het bezit (*possessio naturalis*<sup>82</sup>) van die zaak, en hij kon zich tegen derden verweren met de *reivindicatio utilis*.<sup>83</sup> Voor een rechtsopvolger onder bijzondere titel van de verhuurder zou deze huurder niet behoeven te wijken.<sup>84</sup> Latere Glossatoren, met name Accursius, leidden uit het recht op de zaak (*ius in re*) van de huurder voor lange tijd een soort eigendom van de

<sup>75</sup>Vgl. Feenstra (1994), nr. 234-235. Voor het huidige recht is dit beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst uitgedrukt in art. 6:248 lid 1 BW. Zie voor het oude recht art. 1374 lid 1 Oud BW.

<sup>76</sup>Nelissen, diss., p. 111, aanhalende de `Petri exceptiones legum romanarum', een compilatie van de hand van Petrus.

<sup>77</sup>Zie de reeks schrijvers, de `nieuwere Romanisten', door Nelissen, diss., besproken op p. 12-22 en voorts diens bespreking van het debat tussen Zoll en Zaunschliffer aan het eind van de zeventiende eeuw, p. 148-154; zie over dit debat ook Schrage (1984), p. 25.

<sup>78</sup>Men zie de glossen bij de van keizer Alexander Severus (234) afkomstige tekst, opgenomen in C.4,65,9, uitvoerig besproken door Schrage (1984), p. 13-20 en teksten 1-33a. Zie over het uitgangspunt voorts hiervoor, par. 8.4 en de bespreking van C.4,65,9 voor het Romeinse recht, hierna, bij noot 90.

<sup>79</sup>Of eigenlijk: `van de zaak' zou kunnen verdrijven: in de glossen wordt telkens gesproken van grond en/of bouwgrond. Vgl. de teksten, waarin het onderscheid tussen pacht voor korte en lange tijd wordt uitgebreid naar huur, aangehaald bij Schrage (1984), hoofdstuk IV.c en door deze weergegeven in hoofdstuk VI.

<sup>80</sup>De opvatting dat onder huur voor lange tijd waarschijnlijk moet worden verstaan: langer dan tien jaar, treft men aan bij Schrage (1984), p. 16, De Smidt (1977), nr. 223; Feenstra (1994), nr. 355, alwaar ook verdere literatuur; voorts bij Bartolus, College over D.19,2,32, TIR (1989), nr. 288. Vgl. ook Cerutti (1972), p. 35-36.

<sup>81</sup>Vgl. Schrage (1984), p. 15.

<sup>82</sup>Zie over de betekenis van de begrippen *detentio* (*possessio naturalis*, zijnde houderschap) en *possessio* (bezit met bezitsinterdicten) in het Romeinse recht ook hierboven, bij noot 71.

<sup>83</sup>Schrage (1984), p. 15, tekst nr. 16; De Smidt (1977), nr. 223-224.

<sup>84</sup>Schrage (1984), p. 14-15: Azo baseerde één en ander op een onderscheid, gemaakt door Imerius (de eerste Glossator), tussen huur voor bepaalde tijd en huur voor eeuwig. Deze laatste figuur was gebaseerd op een rechtsfiguur uit de Digesten, de *agri vectales*, erfpachtcontracten die voor eeuwig of voor bepaalde tijd afgesloten konden worden.

gebruiker af, een *dominium utile*.<sup>85</sup> Door aldus de huurder voor lange tijd onder de gerechtigden uit een *ius in re* te brengen, poogden de Glossatoren te komen tot een bescherming van de huurder bij vervreemding van het verhuurde door de verhuurder.

Een tweede uitzondering (die samenhang met de gedachte aan een soort recht op de zaak) werd aangenomen voor de huurder die deelpachter was, d.w.z., krachtens het pachtcontract medegerechtigd met de verpachter in de opbrengst van het gepachte. De deelpacht werd beschouwd als een maatschap (of maatschapscontract), de deelpachter als een maat, die als medegerechtigde een vordering van (de rechtsopvolger van) een andere maat tot scheiding en deling met een exceptie kon afweren.<sup>86</sup>

In de derde plaats is gepoogd aan de huurder een soort retentierecht, *ius retentionis*, toe te kennen, dat zou voortspuiten uit de huurovereenkomst. Zo treft men bijvoorbeeld bij Azo de mogelijkheid aan voor de huurder om een dergelijk retentierecht jegens de verhuurder in te roepen. Wanneer de verhuurder niet zelf de huurder ontruimt, maar voor de rechter ontruiming vordert, kan de huurder die zijn verplichtingen uit de huurovereenkomst nakwam of wil nakomen, zich tegen de vordering verzetten. Dit recht om zich te verzetten<sup>87</sup> ontleent de huurder aan de huurovereenkomst; hij kan het dientengevolge alleen aan de verhuurder tegenwerpen en niet aan de koper, die immers buiten de huurovereenkomst staat.

Ook in de Glossa Ordinaria, de compilatie van Glossator Accursius, een leerling van Azo, wordt staande de huur aan de huurder een *ius retentionis* toegekend:

‘(.) een regt, dat hij uit het huurcontract putte. (..) Bij verkoop nu der verhuurde zaak ging voor den huurder dit *ius retentionis* verloren.’<sup>88</sup>

Nelissen stelt hierover: ter vermijding van de praktische moeilijkheden die met een dergelijk retentierecht samenhangen wanneer een verhuurd goed overgedragen diende te worden, vervielen Accursius (en zijn zoon Franciscus) echter in een grotere dwaling:

‘Ze kenden namelijk *den verhuurder zelve* het regt toe, om bij verkoop van het verhuurde den huurder tot ontruiming te dwingen. (..) Wel werd zoodoende het ‘koop breekt huur’ letterlijk bewaarheid, maar de eerste beginselen dan ook met voeten getreden.’<sup>89</sup>

Inderdaad is een en ander moeilijk te begrijpen, gezien de Romeinsrechtelijke uitgangspunten die de Glossatoren hanteerden: de verhuurder had als eigenaar (bezitter) de mogelijkheid van eigenrichting, van willekeurige ontruiming van de huurder. Die mogelijkheid had hij tijdens de huurtijd, maar ook bij of zelfs ná de verkoop, dus tot aan de eigendomsovergang op de koper. Een afzonderlijk aan hem toegekend recht op ontruiming had de verhuurder derhalve in het geheel niet nodig, althans niet krachtens dit uitgangspunt. Het retentierecht, dat

<sup>85</sup>Zulks in tegenstelling tot de eigendom van de verhuurder, de *dominus directus*. Tot dit onderscheid was men, aldus Schrage (1984), p. 15-16, deels ook genoodzaakt door de confrontatie van (latere) Glossatoren met het leenstelsel in het Germaanse recht, waarin sprake was van een overerfelijke positie van zowel leenheer als leenman. Vgl. ook Cerutti (1972), p. 35-36.

<sup>86</sup>Feenstra (1994), nr. 353; Schrage (1984), p. 16-17.

<sup>87</sup> ‘(.) dit regt van resistentie, of wil men, dit regt van retentie’, aldus Nelissen, diss., p. 119.

<sup>88</sup>Nelissen, diss., p. 122.

<sup>89</sup>T.a.p.

de huurder werd toegekend tijdens de huurtijd, kon dit uitgangspunt niet doorkruisen en maakte een afzonderlijk recht op ontruiming voor de verhuurder evenmin noodzakelijk. Immers, de nieuwe eigenaar behoefde, wederom krachtens de uitgangspunten van het Romeinse recht, in deze gevallen waarin niet hij het was die de huurovereenkomst met de huurder had gesloten, in beginsel niet te vrezen voor levering van een pand waarin de huurder nog aanwezig was. Als eigenaar kon hij het pand zonder meer ontruimen. Met de huurovereenkomst - die door de koop en levering niet was tenietgegaan - had hij niets te maken, met het aan de huurovereenkomst ontleende retentierecht van de huurder evenmin. Zou dit recht ondanks de koop en de levering blijven bestaan, dan kon het alleen tegen de verhuurder worden ingeroepen, nimmer tegen hem als nieuwe eigenaar.

Bescherming van de huurder tegen rechtsopvolgers onder bijzondere titel van de verhuurder werd voorts gezocht in de reeds eerder ter sprake gekomen en door de Glossatoren uitvoerig becommentarieerde tekst C.4,65,9, luidende<sup>90</sup>:

Emptorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. Verum si probetur aliquo pacto consensisse ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio ei quod placuit parere cogitur.

Een koper van een stuk grond hoeft niet te dulden dat de pachter aan wie de vorige eigenaar heeft verhuurd, blijft zitten, tenzij hij met dat beding heeft gekocht. Wordt echter bewezen dat hij bij de een of andere afspraak erin heeft toegestemd dat de pachter de huur op dezelfde wijze voortzet, dan wordt hij, ook al is die afspraak niet op schrift vastgelegd, met een actio bonae fidei tot naleving van het overeengekomene gedwongen.

De tekst ziet op de positie van de huurder jegens derden. Hiervoor, in paragraaf 8.4.2 kwam reeds ter sprake dat in het Romeinse recht de in de tekst genoemde afspraak tussen verkoper en koper niet als derdenbeding kon worden gezien, maar beperkt moest worden geïnterpreteerd. De afspraak was wel gericht op het belang van de huurder, maar deze verkreeg uit dit nevenbeding noch een recht, noch een exceptie, noch het bezit van de zaak. Slechts indirect werd de koper, door de dreigende schadevergoedingsvordering van de verkoper, gedwongen zich van ontruiming van de huurder te onthouden. De Glossatoren kwamen in beginsel niet tot een andere uitleg van deze tekst. Slechts wanneer de huurder te goeder trouw meende op eigen naam te bezitten, zou hij zich op eigen titel kunnen verweren jegens een koper.<sup>91</sup>

Getracht werd echter de tekst zodanig te interpreteren dat tot enige bescherming van de huurder werd gekomen. Zo werd in de eerste plaats een overeenkomst tussen de koper en de huurder aangenomen (in plaats van een nevenbeding bij de koopovereenkomst), waarbij de koper tegenover de huurder instemde met diens genot van het gehuurde.<sup>92</sup> Een enkele feitelijke

<sup>90</sup>De hieronder volgende weergave is ontleend aan Schrage (1984), p. 13, in verband met diens hieronder weer te geven opmerkingen over die tekst. Vgl. ook (de weergave van deze tekst bij) Cerutti (1972), p. 34 en 64; A.J.H. Pleysier, *Hermeneus* 1977/2, p. 98-103; TIR (1989), nr. 484; E.J.H. Schrage, *Hermeneus* 1977/2, p. 103-109, en R. Versteegen, in: *Collatio Iuris Romani* (1995), p. 567-582.

<sup>91</sup>Aldus Schrage (1984), p. 17-18, tekst 24.

<sup>92</sup>Zulks werd afgeleid uit de woorden *aliquo pacto consensisse*, vgl. Schrage (1984), p. 18, tekst 27-29. Vgl. ook Versteegen, a.w., p. 568-569.

gedraging, zoals het ontvangen - en accepteren - van huurpenningen door de koper, kon reeds voldoende zijn om deze overeenkomst met de huurder aan te nemen.<sup>93</sup> In de tweede plaats werd vrijwel algemeen erkend, dat de tekst niet uitsloot, dat de huurder in het genot van het gehuurde kon blijven, zolang dit niet aan de koper was geleverd. Uit het koopcontract, waar de huurder per definitie buiten stond, kon voor deze immers geen verplichting tot ontruiming ontstaan.<sup>94</sup> Zodra echter de koper in het bezit van het gekochte was gekomen, kon hij de huurder verdrijven. Men kan zich afvragen of deze gevolgtrekking op interpretatie van deze tekst berustte; zij vloede immers, evenals de hoofdregel 'koop breekt huur' die men zocht te verzachten, rechtstreeks voort uit het door de Glossatoren bestudeerde Romeinse recht: een nieuwe eigenaar kan een huurder zonder meer verdrijven; een koper, niet eigenaar geworden, kan dat niet.

Dezelfde vraag kan worden gesteld ten aanzien van de derde interpretatie van de weergegeven tekst. In deze uitleg werd aan de huurder een zekere bescherming geboden door aan te nemen, dat de huurder na verkoop en levering aan de koper uit de huurovereenkomst terug kan treden (in tijden van economische recessie kon dit een vorm van huurdersbescherming zijn, omdat huurders geneigd (zouden) zijn de huur dadelijk op te zeggen in tijden van depressie, zoals zij deze (zouden) continueren in tijden van economische vooruitgang<sup>95</sup>). Ook hier werden in het commentaar<sup>96</sup> wezenlijk de Romeinsrechtelijke uitgangspunten toegepast: de koper staat geheel buiten de huurovereenkomst, verplichtingen uit die overeenkomst volgen de zaak niet en gaan dus niet op de koper over; is hij niet gebonden aan de huurder, dan is ook deze jegens de koper tot niets gehouden. De koper kon de huurder dan ook niet dwingen de huurovereenkomst gestand te doen, ook niet wanneer de duur ervan nog niet was verstreken.

In de vierde plaats werden, eveneens naar aanleiding van de tekst C. 4,65,9 in het Romeinse recht (de Justiniaanse wetgeving) beperkingen gezocht in het aantal rechtverkrijgenden onder bijzondere titel die een huurder konden verdrijven. Otto Papiensis vond twee bijzondere gevallen (eerder besproken in paragraaf 8.4.2): de executoriale verkoop waarin de koper krachtens een besluit van de *praetor* in het bezit van het vermogen van de geëxecuteerde wordt gesteld, doch daarbij bestaande (huur)overeenkomsten moet respecteren, en de verkrijging door de koper van de executerende fiscus<sup>97</sup>).

### 8.6.2. *Commentatoren*

Van de Commentatoren moet in deze bespreking van mogelijke uitzonderingen op het Romeinsrechtelijke uitgangspunt 'koop breekt huur' de zg. hypotheek-constructie van Bartolus

<sup>93</sup>Schrage, t.a.p., en p. 19; zie voorts tekst 30 in dit werk.

<sup>94</sup>Schrage (1984), p. 13, 19; vgl. D.19,2,32 bij Schrage, a.w. p. 28-29 en TIR (1989), nr. 288; vgl. voorts Verstegen, a.w., p. 572, die spreekt van een soort 'voorbehouden' ten behoeve van de huurder, door de verkoper, van het huurgenot. Het huurcontract blijft aldus ondanks de verkoop en levering aan de koper geheel intact, omdat de koper geen enkele 'feitelijke macht' ('emprise directe') met betrekking tot het gekochte heeft verkregen. Eerst bij het einde van de huurovereenkomst zal dit het geval zijn.

<sup>95</sup>Vgl. De Smidt (1977), nr. 225; Schrage (1984), p. 14.

<sup>96</sup>Vgl. het commentaar op C. 4,65,9 van Jacques de Révigny, *Lectura super Codice*, weergegeven bij Schrage (1984), tekst nr. 3, p. 14.

<sup>97</sup>Schrage (1984), p. 11, 17, 19 (waar ook nadere beperkingen genoemd worden), teksten 22 en 23.



de Saxoferrato worden weergegeven (in vertaling<sup>98</sup>).

‘Wat hier gezegd wordt: ‘voor verscheidene jaren’, moet men opvatten als ‘voor minder dan tien jaren’. Immers bij ‘voor tien jaren’ verkrijgt de pachter het *dominium utile*, zie D.6,3,1 en D.43,18,1, en op deze wijze zou hij een *ius in re* hebben, op grond waarvan hij niet van het land afgezet kan worden door de koper of de legataris. En ditzelfde moet aangenomen worden wanneer er van de pacht een akte is opgemaakt en de eigenaar jegens de pachter zijn gehele vermogen heeft verbonden voor de nakoming van het overeengekomene; dan kan de pachter immers zeggen: ‘Ik zit op deze grond krachtens het recht van pand en hypotheek ter handhaving van mijn belangen’. Hypotheek is immers een zakelijk recht, zie D. 20,1,17, en als zodanig gaat het over op elke rechtsopvolger; wel is het nodig dat de pachter, voordat er dwangmaatregelen tegen hem worden genomen, begint bezitter of houder te worden krachtens pandrecht. Want voor zover hij houder is krachtens pandcontract, kan hij van het land afgezet worden, zie deze tekst (D 19,2,32) en C. 4,65,9. ... En daarom is mijn advies, en ik heb dit reeds aldus in de praktijk laten brengen, om aan de akte toe te voegen dat van nu af aan de pachter of de huurder de zaak onder zich heeft als pand voor de voornoemde verbintenis...’

Bartolus voert als beschermingsmogelijkheid voor de huurder voor korte tijd aan - de huur voor lange tijd werd immers gezien als een *ius in re* -, dat te zijnen behoeve een pand- of hypotheekrecht werd gevestigd op het gehele vermogen van de verhuurder. Met dit zekerheidsrecht kon hij de persoonlijke aard van zijn huurrecht niet veranderen in een - in huidige termen - beperkt zakelijk recht<sup>99</sup>, maar hij werd naast huurder tevens pand/hypotheekhouder van het gehuurde. In die laatste hoedanigheid kon hij het gehuurde onder een koper uitwinnen teneinde zijn schade op de opbrengst te verhalen. De dreiging van executie zou voor de koper de belemmering vormen om de huurder te ontruimen.<sup>100</sup>

<sup>98</sup>Vertaling van Spruit/Feenstra, TIR (1989), nr. 288 (Bartolus a Saxoferrato, College over D. 19,2,32).

<sup>99</sup>Zie over dit inhoudelijke bezwaar tegen de constructie van Bartolus vooral Nelissen, diss., p. 127-129.

<sup>100</sup>Nelissen, t.a.p.; Cerutti (1972), p. 36; Schrage (1984), p. 19-20; TIR (1989), nr. 288; Feenstra (1994), nr. 355.

8.6.3. *Inheems recht*<sup>101</sup>

Hoezeer ook begrippen en instellingen in ons huidige privaatrecht naar huidige inzichten veelal zijn terug te voeren op het Romeinse recht, omtrent een dergelijke origine van ons begrip 'huur' en, daarmee samenhangend, het adagium 'koop breekt (geen) huur' is op zijn minst enige twijfel mogelijk. In de zg. 'duistere middeleeuwen' (d.w.z. de periode vóór de receptie van het Romeinse recht<sup>102</sup>) is er in de inheemse rechtsgebieden bepaald geen sprake van een (Romeinsrechtelijk) rechtssysteem, mogelijk zelfs niet eens van een op het Romeinse recht georienteerd systeem. Zoals hierboven weergegeven bestond het recht in hoofdzaak uit stamrecht en gewoonterecht; lokaal, door de eigen stamgenoten werd rechtgesproken.<sup>103</sup> Op huur en verhuur gelijkende rechtsverhoudingen en gebruiksrechten van eens anders goed kwamen voor in vele verschijningsvormen en onder uiteenlopende benamingen. Men denke aan, onder andere, het feodale hof- en leenstelsel, erfpacht (al dan niet in de zin van de Romeinsrechtelijke *emphyteusis*)<sup>104</sup>, pacht, erfhuur, erfpacht, cijns, rente. In het navolgende zal niettemin steeds van huur worden gesproken, aangezien steeds sprake zal zijn van de principenvraag: breekt koop al dan niet huur (de gebruiksverhouding).<sup>105</sup> In hoeverre het huidige begrip huur is terug te voeren op een van deze begrippen, bijvoorbeeld *emphyteusis* of *locatio-conductio*, is niet met zekerheid aan te geven. Evenmin is duidelijk of een huurder in het oud-Vaderlandse recht een min of meer zakelijk recht had (*emphyteusis*, huurder heeft een 'weer' (*Gewere*) en een eigen actie, waarmee tegen een ieder kon worden opgetreden), dan wel een persoonlijk gebruiksrecht.<sup>106</sup>

Voor deze periode (tot aan de dertiende eeuw), waarin hoogstens sprake was van enige 'infiltratie' van Romeins recht in de inheemse rechtsgebieden, moet voor de vraag of koop al dan niet huur 'brak' worden volstaan met de constatering, dat de rechtswerkelijkheid te zeer geschakeerd was om algemene uitspraken te kunnen doen. 'Koop breekt huur' en 'koop (sterfdag) breekt geen huur' kwamen waarschijnlijk naast elkaar voor, evenals - ter matiging van het eerste - vormen van bescherming van de huurder.<sup>107</sup> Een verschil van inzicht omtrent de oorsprong van het adagium 'koop breekt (geen) huur - Romeinsrechtelijk of inheems'<sup>108</sup> - lijkt tegen

<sup>101</sup>Met het rechtsgebied, aangeduid als het Germaanse recht, is bedoeld Nederland en de omliggende landen in Noordwest-Europa. Met het inheemse recht wordt meer bedoeld op het recht der 'lage landen'. Zie voor een beschrijving van de staatkundige en maatschappelijke indeling van dit gebied in de aangegeven periode bijv. Gerbenzon/Algra (1969), hoofdstukken 1-7.

<sup>102</sup>Zie over 'de receptie' in Europa uitgebreid Zwalve (1993), hoofdstuk I; Van den Bergh (2000), hfst. I-II.

<sup>103</sup>Zie nader hieronder. Vgl. voorts Asser-Scholten, Algemeen deel (1974), p. 171-174; De Smidt (1977), nr. 222-224; Schrage (1984), p. 21-22; Zwalve (1993), p. 23-25.

<sup>104</sup>Vgl. De Smidt (1977), nr. 223.

<sup>105</sup>Zie voor een uitgebreide opsomming De Blécourt (1939), p. 259.

<sup>106</sup>In deze zin bijv. (over deze periode en mogelijke uiteenlopende visies) De Blécourt (1939), p. 258-260, die de nadruk op het begrip *emphyteusis* legt; iedere huur was in de periode vóór de receptie volgens deze schrijver zakelijk. Anders bijv. Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nrs. 15 en 88: noch in het Romeinse, noch in het Germaanse recht had de huurder een zakelijk recht. Zie over deze periode ook Nelissen, diss., p. 102-113; Cerutti (1972), p. 33-63. Zie ook hiervoor, par. 8.3.

<sup>107</sup>Vgl. Nelissen, diss., hoofdstuk II en III; J. Gilissen, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis XVI (1939), p. 286-287; Cerutti (1972), p. 36-43; Schrage (1984), p. 21-27. Laatstgenoemde schrijver stelt overigens (a.w., p. 11), dat de werkelijke bescherming van de huurder niet afhangt van de vraag of huur al dan niet zakelijk is.

<sup>108</sup>Nelissen, p. 178, stelt dat de oorsprong in het Germaanse recht ligt; zo ook Huijgen (1996), p. 21. Fockema Andreae

deze achtergrond dan ook niet goed vol te houden.

Door de betrekkelijke schaarste aan inheemse rechtsbronnen en door interpretatieproblemen ten aanzien van de aanwezige bronnen, is het niet eenvoudig om voor de periode van vóór de receptie van het Romeinse recht een duidelijk beeld te krijgen van de rechtspositie van de huurder ten opzichte van de verhuurder en van derden. Zo beschrijft Nelissen de in de literatuur voorkomende vraag of het Duitse *clage up gut* overeenkwam met de Romeinsrechtelijke *actio in rem* in die zin, dat de aard van het recht van de 'klager' (de eiser) eenzelfde zou zijn. In dat geval zou aan de huurder in het oude inheemse recht een 'persönliches Sachenrecht' zijn toegekomen, een eenzijdig zakelijk recht dat hij wel tegen de verhuurder, maar niet tegen derden kon invoeren. In deze zin concludeert Nelissen (onder vermelding van tegenovergestelde meningen).<sup>109</sup> Een soortgelijke vraag naar de rechtsgrond of het (onderliggende) materiële recht waarop de actie gebaseerd zou zijn speelde ten aanzien van de *gewere*, de 'weer' die in het inheemse recht aan iedere houder van een zaak (grond) toekwam, derhalve ook aan de huurder. Betoogd is dat de huurder met deze 'weer' zijn recht ook jegens derden kon handhaven, als had hij, in Romeinsrechtelijke termen, een aanspraak als bezitter op de zaak<sup>110</sup> (in modernere termen, als had hij een goederenrechtelijke aanspraak op de zaak). Nelissen betoogt echter, met aanhaling van de nodige bronnen, dat de rechtsgrond van de 'weer' niet kon zijn 'bezit', maar de zg. *Nutzung* moet zijn geweest. Dit begrip zag op het 'in nutze und in gelde' hebben van de zaak:

'Svie so it (dat gut) *in nut unde in gelde* hevet, unde den tins darut nimt, die hevet die gewere daran'.<sup>111</sup>

Deze *Nutzung* verbleef, aldus Nelissen, krachtens algemene opvatting bij de verhuurder; deze moest zich tegen inbreuk door derden verweren. Het mag duidelijk zijn dat in het ene geval, waarin de huurder geacht wordt zijn *gewere* jegens derden te kunnen invoeren, verkoop van het gehuurde niet tot verdrijving van de huurder kon leiden, zulks in tegenstelling tot het andere geval, waarin de *Nutzung* als rechtsgrond van de *gewere* werd gezien.<sup>112</sup>

Wanneer 'koop breekt huur' werd aangenomen in enig rechtsstelsel, kwamen daarin, zoals hiervoor reeds aangegeven, veelal tevens uitzonderingen voor ter bescherming van de huurder. Uit het vroegste inheemse recht stammen de volgende 'constructies' tot bescherming van de huurder, uitgaande van 'koop breekt huur': de pachter mag hetgeen hij gezaaid heeft nog oogsten, ook indien de gepachte akker intussen wordt verkocht; aan de huurder moet een termijn van zes maanden worden gegund, alvorens hij voor de koper moet wijken; de eerder besproken hypotheekconstructie van Bartolus (welke oplossing voor de huurder bijvoorbeeld toepassing vond in Frankrijk<sup>113</sup>); het onderscheid tussen de huurder voor lange en korte tijd,

(1906), p. 345, neemt een Romeinsrechtelijke origine aan; in deze richting gaat bijvoorbeeld ook De Smidt (1977), nr. 224. Zie ook het historische overzicht bij Gilissen, a.w., p. 281-319 en Asser-Abas (HUR) 5-II (1997), nr. 88.

<sup>109</sup>Diss., p. 168-170.

<sup>110</sup>Vgl. De Blécourt (1939), p. 189 v., 259; Fockema Andreae (1906), p. 200 v.; Nelissen, diss., p. 170-183.

<sup>111</sup>Nelissen, diss., p. 171, citerend uit het Lehnrecht des Sachsenspiegels; Fockema Andreae (1906), p. 206-209; De Blécourt (1939), p. 189-191.

<sup>112</sup>Vgl. over de verhouding tussen 'koop breekt huur' en de *gewere* ook het naschrift van Nelissen, diss., p. 285-291.

<sup>113</sup>Men zie het bronnenonderzoek bij Nelissen, diss., p. 184-191: de huurder heeft, eenmaal in het genot van de zaak, alleen tegenover de verhuurder een '*ius ad rem*', een recht zich in dat genot te handhaven, niet tegenover derden. Feitelijk kwam dit stelsel neer op 'koop breekt huur'.

waarbij de eerste een deel van de beschikkingsbevoegdheid van de verhuurder verkrijgt, en dit tegen derden kan invoeren als had hij een beperkt (zakelijk) recht.<sup>114</sup>

Met de receptie van het Romeinse recht werd het beeld van rechtspraktijk en -theorie echter niet minder verbrokken en divers. Romeins, middeleeuws en inheems recht liepen bepaald dooreen.<sup>115</sup> Bovendien blijkt dat ook in deze periode, voornamelijk als gevolg van een lokaal georganiseerde en met plaatselijke 'costumen' ingerichte samenleving, 'koop breekt huur' voorkwam naast 'koop breekt geen huur', met daartussen de nodige varianten en gematigde vormen. Om één tussenvorm, beschreven door Groenewegen (1669) en aangehaald door Schrage<sup>116</sup>, weer te geven: aan het 'koop breekt geen huur', aangenomen in Holland en in een groot deel van de Nederlanden<sup>117</sup> worden de volgende voorwaarden gesteld. Huur gaat alleen vóór koop, wanneer de huurovereenkomst is aangegaan (ook vormloos) voor de duur van minder dan tien jaar of, wanneer de huur voor langer dan tien jaar is aangegaan, de huurovereenkomst ten overstaan van de relatief bevoegde rechter tot stand is gekomen (relatief bevoegd omdat het goed binnen diens arrondissement is gelegen). Een vormloos aangegane huurovereenkomst voor de duur van meer dan tien jaar wordt niet verbindend geacht. Volgens de 'gemeenschappelijke ingewortelde mening van de geleerde schrijvers'<sup>118</sup> heeft deze immers dezelfde aard en gevolgen als vervreemding (en verhypothekering) van het goed, en moet zij dientengevolge aan dezelfde formaliteiten worden onderworpen (vestiging ten overstaan van de bevoegde rechter). Per saldo kon - volgens Groenewegen - de koper alleen diegene uit het gehuurde zetten, die huurde voor langer dan tien jaar krachtens een vormloos aangegane overeenkomst. De strekking van de formaliteiten was te voorkomen, dat kopers voor (zeer) lange tijd het genot van het gekochte zou worden ontnomen, iets dat met het toestaan van huur voor lange tijd zou kunnen gebeuren. Bovendien zou aldus de veertigste penning, die als overdrachtsbelasting werd geheven, kunnen worden omzeild.

Deze benadering duidt op een vermenging tussen inheems recht - huur gaat voor koop, ook huur voor korte tijd - en middeleeuws recht - huurdersbescherming door gelijkstelling (door de Glossator Azo) van huur voor lange tijd met erfpacht of opstal, welke bescherming door de Glossator Accursius werd uitgewerkt tot een recht van de huurder op de zaak, een *ius in re* -. Uit dit *ius in re* leidde Accursius een soort eigendom van de huurder voor lange tijd af, een *dominium utile*. Schrage beschrijft, hoe Groenewegen vanuit het *dominium utile* komt tot een

<sup>114</sup>Men zie de bespreking bij Nelissen, diss., hoofdstukken II en III en bij Schrage (1984), p. 22-24, die deze constructies - onder meer - aanhaalt uit onderzoeken in recente eeuwen.

<sup>115</sup>Zie over de 'assimilatie' van Romeins met inheems recht Van den Bergh (2000), hft. II; Hermesdorf (1972), p. 310-324; De Monté ver Loren/Spruit: Hoofdlijnen (2000), nr. 238-256; Gerbenzon-Algra (1969), p. 70-186; De Smidt (1977), nr. 222-224.

<sup>116</sup>(1984), p. 23-24, tekst nr. 34.

<sup>117</sup>'Koop breekt huur' gold, krachtens Saksisch gewoonterecht (vgl. het Romeinsrechtelijke C. 4,65,9), nog in Saksen en in gematigde vorm in Friesland (mits de huurder voor de vijftiende januari het einde van de huur is aangezegd en tenzij de huurder zich niet van een hypotheek (de constructie van Bartolus) heeft voorzien) en in Groningen (na verkoop duurt de huur voort voor het jaar van de verkoop en één jaar daarna of: de huurder moet wel ontruimen, maar ontvangt behalve schadevergoeding nog één jaar huurpenningen). Zie Schrage (1984), tekst nr. 34, en de bronnenonderzoeken bij Cerutti (1972), p. 49-55 en Nelissen, diss., p. 189-212, naar de regel 'koop breekt (geen) huur' in 'De Nederlanden' (Vlaanderen, het Graafschap Henegouwen, het Hertogdom Brabant, Zeeland, Holland, Utrecht, Gelderland, Overijssel, Drenthe, Groningen en Friesland).

<sup>118</sup>Schrage (1984), t.a.p. (tekst 34).

gelijkstelling van huur voor lange tijd met een vervreemding; een dergelijke huurovereenkomst dient aan dezelfde vormvereisten als een vervreemding te voldoen.<sup>119</sup>

Andere door Schrage aangehaalde teksten wijzen echter op (het bestaan van) diverse andere benaderingen. Te noemen is de behandeling van de Romeinsrechtelijke regel 'koop breekt huur' in een tekst uit 1677 van Petrus Pacionus.<sup>120</sup> In de opvatting van deze schrijver breekt koop wél huur voor korte tijd, maar niet huur aangegaan voor lange tijd. Huur voor lange tijd duidt hij aan als *dominium utile*. Voorts acht hij het mogelijk dat, wanneer 'koop breekt huur' wordt tegengegaan met het beding van C. 4,65,9 (welk beding slechts tussen verkoper en koper werking heeft), de verhuurder zijn actie jegens de koper uit dit beding (of zijn exceptie) aan de huurder kan cederen. 'Koop breekt huur' gaat vervolgens niet op in de volgende gevallen: wanneer de verhuurder/verkoper het volledige beheer (van het verhuurde) had, omdat dan de opvolger gehouden is de huur te dulden; wanneer de rechtsopvolger niet opvolgt in een volledig recht; wanneer de overdracht van de zaak niet uit vrije wil geschiedt. In dit laatste geval is de rechtsopvolger gehouden de huur te dulden met als ratio, dat het niet aan de verhuurder verweten kan worden dat hij de opvolger niet heeft verplicht de huur te dulden; de huurder zou dan ook niet zijn normale actie uit de huurovereenkomst tegen de huurder kunnen instellen.

Het zoeken van bescherming van de huurder in de aanduiding van huur voor lange tijd als *dominium utile* (Accursius, Petrus Pacionus) en in de gelijkstelling hiervan, voor wat betreft de aan de huurovereenkomst gestelde formaliteiten, aan een vervreemding van het gehuurde (Groenewegen), leidt tot de voor de hand liggende gevolgtrekking<sup>121</sup>, dat de huurder beschermd wordt omdat de verhuurder met de verhuur zichzelf een deel van zijn beschikkingsbevoegdheid heeft ontnomen. Meer dan de aldus 'beperkte' eigendom kan de verhuurder niet aan een koper overdragen (het *nemo-plus*-beginsel). De huurder heeft een met die beperking corresponderende aanspraak jegens de verhuurder én diens rechtsopvolger(s), hoewel hij slechts in een contractuele rechtsbetrekking tot de verhuurder staat. Hij heeft uit hoofde van de huurovereenkomst een aanspraak op het ongestoorde genot van het gehuurde gedurende de huurtijd, maar met betrekking tot het gehuurde houdt zijn huurrecht meer in dan een strikt houderschap. Zijn recht op het gehuurde (*ius in re*) staat aan een volledig(e) eigendom/bezit van zijn wederpartij in de weg.

Het is deze goederenrechtelijke benadering van het recht van de huurder, die aan het einde van de zeventiende eeuw (rond 1690) expliciet door de Duitse rechtsgeleerde Zoll naar voren is gebracht.<sup>122</sup> Deze schrijver ging met de toenmalige opvattingen uit van het 'koop breekt huur', maar stelde dat zulks alleen het geval kon zijn wanneer de huurder nog niet in het genot van het gehuurde was gesteld. Was dit laatste wel het geval, dan kon de koopovereenkomst om drie redenen niet tot verdrijving van de huurder leiden.<sup>123</sup> In de eerste plaats niet op grond van het *nemo-plus*-beginsel: waar de verhuurder niet de bevoegdheid heeft tijdens de huurtijd de huurder uit de verhuurde zaak te zetten, kan hij deze bevoegdheid ook niet aan de koper overdragen. In de tweede plaats zou aan de huurder, indien deze reeds in het gehuurde verbleef en de verkoop tot zijn uitzetting zou leiden, zijn *ius detentionis* worden ontnomen, iets, dat de verhuurder niet vrijstond. Zoll kende met dit *ius detentionis* aan de huurder een rechtspositie

<sup>119</sup>Schrage (1984), p. 24.

<sup>120</sup>Schrage (1984), tekst 35.

<sup>121</sup>Aldus ook Schrage (1984), p. 24.

<sup>122</sup>De dissertatie van Zoll stamt uit 1687 en is te kennen uit Nelissen, diss., p. 149-152 en Schrage (1984), p. 24-25.

<sup>123</sup>Vgl. Nelissen, diss., p. 150, aan wie het navolgende is ontleend.

met betrekking tot de gehuurde zaak toe, welke rechtspositie de verhuurder niet mocht aantasten. In de derde plaats kon verkoop niet tot verdrijving van een reeds in het huurgenot verkerende huurder leiden, omdat met de verlening van het huurgenot volgens Zoll de levering aan de koper feitelijk onmogelijk was geworden en deze niet als eigenaar de *revindicatio* zou kunnen instellen. Zoll concludeerde dan ook, dat indien de huurder in het genot van het gehuurde was, diens rechtspositie ook krachtens Romeins recht gewaarborgd zou zijn jegens een rechtsopvolger onder bijzondere titel van de verhuurder.

Zoll kon echter de meerderheid van de toenmalige juristen niet voor zijn ideeën winnen. In een uitvoerige discussie in het laatste decennium van de zeventiende eeuw, vooral met de Duitse rechtsgeleerde Zaunschliffer, moesten de stellingen van Zoll het afleggen tegen de Romeinsrechtelijke uitgangspunten, die in die periode hernieuwd in de belangstelling stonden in de Duitse rechtswetenschap (de receptie van het Romeinse recht had in Duitsland reeds vroeg, rond de dertiende eeuw, plaatsgevonden).<sup>124</sup> De gedachte aan een *ius detentionis* kon Zoll niet op het Romeinse recht terugvoeren; zij was in de elfde eeuw naar voren gebracht.<sup>125</sup> Wel naar Romeins recht gold, dat de verhuurder ook na de verhuring volledig bezitter was van het gehuurde; het bezit oefende hij uit door middel van de huurder. De verhuurder kon derhalve in beginsel op ieder door hemzelf gewenst moment de huurder uit het gehuurde zetten, ook wanneer de huurder reeds in het genot daarvan was.<sup>126</sup> Met deze redenering komt men aan een *nemo-plus*-beginsel niet toe, noch aan een feitelijke onmogelijkheid voor de verhuurder om bezit aan de koper over te dragen.

In het recht der lage landen tenslotte was in de beschreven periode (vanaf het Romeinse Rijk tot aan de negentiende eeuw) de rechtswerkelijkheid geschakeerd als volgt.<sup>127</sup> Soms gold koop breekt huur onvoorwaardelijk (delen van Vlaanderen, (zelfs de hypotheektheorie van Bartolus was dan uitgesloten) of zonder uitzonderingsmogelijkheid voor de huurder (het Hertogdom Brabant (tot 1682), Utrecht (tot 1659), delen van Groningen). Andere keren was bescherming van de huurder mogelijk, op grond van:

- de hypotheekconstructie (andere delen van Vlaanderen);
- een overgang van de huurovereenkomst in zijn geheel op de verkrijger, zowel onder bijzondere als onder algemene titel (het Hertogdom Brabant sinds 1682);
- een overgang van de gehele rechtspositie van verhuurder op de koper, ongeclausuleerd (Zeeland (1771)), of geclausuleerd (Holland, 1758, mits de verhuurder de huurpenningen genoot); Utrecht, 1659, mits van de bestaande huur melding werd gemaakt in de koopbiljetten of de huurder zijn actie behoorlijk aanbracht, op straffe van van zijn recht te zijn verstoken); Gelderland, de stad Zutphen: huur gaat voor koop, doch slechts voor de looptijd van de huur);
- het voortduren, na verkoop, van de huur voor het jaar van de verkoop en het jaar daarna; ook kwam het voor dat de huurder diende te ontruimen, maar hij kreeg behalve schadever-

<sup>124</sup>Vgl. over de discussie tussen Zoll en Zaunschliffer uitvoerig Nelissen, diss., p. 148-154; zie voorts Schrage (1984), p. 24-25.

<sup>125</sup>Vgl. hiervoor, par. 8.6.1.

<sup>126</sup>Zie voor de Romeinsrechtelijke beginselen Feenstra (1994), nr. 100-111, 355.

<sup>127</sup>Men zie wederom de uitgebreide bronsonderzoeken van Nelissen, diss., Hoofdstuk III, afdeling 3, 'De Nederlanden'; J. Gilissen, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis XVI (1939), p. 281-319; Cerutti (1972), p. 49-55; Van Gessel-De Roo (1991), p. 85, 105. Zie voorts Hugo de Groot II (1939), Aanteekeningen, ad B.III.D.19 par. 16, p. 276-277.

goeding nog één jaar huurpenningen (sommige delen van Groningen);  
 -het gunnen aan de huurder van een redelijke tijd voor ontruiming: vóór 1 januari moest de koper de huurder of pachter van de verkoop en de ontruiming op de hoogte brengen; de ontruiming geschiedde waarschijnlijk rond Pasen (Friesland).

Uit de genoemde bronnenonderzoeken<sup>128</sup> is af te leiden, dat ook aan de zeventiende en achttiende eeuw de gedachte aan een algehele contractovergang, zoals aan art. 7A:1612 BW ten grondslag ligt, niet vreemd was. Nelissen betoogt, dat telkens wanneer in enigerlei vorm op het (inheemse) 'koop breekt huur' uitzonderingen werden toegelaten dan wel het gehele principe door het tegendeel werd vervangen, het billijkheidsprincipe hieraan ten grondslag lag. Het doel was niet de (persoonlijke) aard van het huurrecht te wijzigen ten koste van de (oude en nieuwe) eigenaar; men wilde de huurder uit billijkheidsoverwegingen tegen een overdracht of overgang van het gehuurde beschermen door de rechtsopvolger in dezelfde positie te brengen als diens voorganger. Anders zou deze immers het genot van het gehuurde naar willekeur aan de huurder kunnen ontnemen, terwijl hij dit nu juist diende te waarborgen.

#### *8.6.4. Is er een verklaring voor de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW?*

---

<sup>128</sup>Vgl. ook het overzicht van het in Nederland geldende recht bij HR 9 november 1906, W 8453. Zie over een mogelijke natuurrechtelijke benadering van het probleem Schrage (1984), p. 25-26, die een dissertatie uit 1776 bespreekt van E.J. Witsenborg, *De paroemia iuris patrii 'Huur gaat voor koop'*, en Nelissen, diss., p. 153.

Legt men de uitkomsten van de voorgaande paragrafen over het recht der Middeleeuwen en het inheemse recht naast de uitkomsten voor het Romeinse recht, dan blijkt dat in de verschillende rechtsstelsels uiteindelijk aan de huurder toch in meerdere of mindere mate bescherming toe kon komen.<sup>129</sup> Was het niet rechtstreeks, omdat verkoop van het gehuurde reeds in beginsel niet tot verdrijving van de huurder kon leiden, dan toch via diverse redeneringen die de in beginsel almachtige rechtspositie van de eigenaar/verhuurder en diens rechtsopvolger op billijkheidsgronden inperkten. Het gaat hier echter telkens om bescherming tegen de *nieuwe eigenaar c.q. andere (naar huidig recht: goederenrechtelijk) gerechtigden*. Uit deze redeneringen kan dan ook niet een verklaring afgeleid worden voor de naar huidig recht geldende bescherming van de huurder tegen een *anterieur* hypotheekrecht. Immers, de meest vergaande van de hier besproken beschermingsconstructies kenden aan de huurder een min of meer goederenrechtelijke rechtspositie toe (*ius dominium* bij huur voor lange tijd; de hypotheekconstructie van Bartolus; het *ius detentionis* van Zoll). Deze status beschermde de huurder wel tegen een *later gerechtigde* nieuwe eigenaar van het door hem gehuurde, maar zou, noch volgens de toen gangbare beginselen, noch volgens de grondslagen van het huidige goederenrecht, géén bescherming bieden tegen een hypotheekhouder met een aan dat 'goederenrechtelijke' huurrecht *anterieur* hypotheekrecht.

## 8.7. De negentiende eeuw

### 8.7.1. Codificatie en systematisering

Nationale codificaties aan het einde van de achttiende en in de negentiende eeuw<sup>130</sup> brachten een in dogmatische zin uitgewerkt en in de wet neergelegd onderscheid tussen de rechtspositie van een eigenaar enerzijds en van een huurder anderzijds. Dit is een reden om te onderzoeken, of de ruime werking van art. 7A:1612 BW - het huurrecht kan ook worden ingeroepen tegen een *eerder* hypotheekrecht - wellicht op een dergelijke systematisering is terug te voeren.

De aanzet tot codificatie vormde de grote verscheidenheid van het recht in de Europese rechtsstelsels en de daarmee samenhangende (daardoor veroorzaakte) behoefte aan rechtseenheid en rechtszekerheid. Eénmaking van het recht door nieuwe en samenhangende wetgeving moest de verschillen in het recht, die zelfs binnen kleine territoriale eenheden bestonden, opheffen (een voorbeeld van dergelijke verschillen voor het Nederlandse recht, voor wat betreft de onderhavige problematiek, was de regio Zutphen, waar 'koop breekt huur' gold, in tegenstelling tot de stad Zutphen zelf, waar het tegendeel werd aangenomen; een soortgelijk verschil bestond tussen de regio en de stad Groningen<sup>131</sup>).

In de Nederlandse codificatie nu werd en wordt eigendom herleid tot het goederenrecht<sup>132</sup>

<sup>129</sup>Zoals Schrage (1984), p. 27, recentelijk nog concludeert.

<sup>130</sup>Vgl. uitgebreid over de Europese codificatiegeschiedenis Lokin en Zwalve (1986), hoofdstukken IV-IX; Zwalve (1993), hoofdstuk I, i.h.b. p. 47-50. Zie voorts Asser-Scholten, Algemeen deel, (1974), p. 169 v.; Van den Bergh (2000), p. 133 v. en, recentelijk, M.J.E.G. van Gessel-de Roo, in: Twaalf bijdragen tot de studie van de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw (1991), p. 44-78.

<sup>131</sup>Nelissen, diss., p. 201-204.

<sup>132</sup>Zie over de herkomst van het begrip eigendom als het meest volledige goederenrechtelijke recht o.a. Asser-Mijnssen-Davids-Van Velten (1996), nr. 14 e.v.; Zwalve (1993), hoofdstuk II; Van den Bergh (1979), p. 20-21;



en kreeg het huurrecht een plaats - in beginsel - in het verbintenissenrecht. De rechtsposities van een eigenaar en een huurder bij verkoop van de verhuurde zaak worden in de literatuur van de afgelopen twee eeuwen dan ook veelal beschreven aan de hand van, of afgeleid uit, dit onderscheid tussen goederen- en verbintenissenrecht.<sup>133</sup>

Een verklaring voor de ruime werking van art. 7A:1612 BW kan uit deze systematiek van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek waarschijnlijk niet worden afgeleid. Aan de huurder wordt immers slechts een persoonlijk recht toegekend. De indeling in goederen- en verbintenissenrecht leidt dan tot rechtsposities van de eigenaar en de huurder die gelijk zijn aan die in het Romeinse recht: de huurder heeft op grond van de huurovereenkomst een persoonlijk recht op het genot van de zaak, maar dit huurrecht kan op het eigendomsrecht van de verhuurder en, na overdracht, de nieuwe eigenaar, niet de minste inbreuk maken. Een eigenaar kan in beginsel een persoonlijk gerechtigde huurder uit het gehuurde zetten.<sup>134</sup> Een hypotheekhouder heeft in het huidige systeem van het burgerlijk recht een recht van goederenrechtelijke aard. Reeds op grond daarvan kan hij latere goederenrechtelijke rechten negeren; latere persoonlijke rechten zoals het huurrecht moeten hem dan in het geheel niet kunnen worden tegengeworpen. Het feit dat het hypotheekrecht bedoeld is als zekerheidsrecht, kan deze conclusie enkel versterken.<sup>135</sup>

Van overneming in de huidige Nederlandse codificatie van een bijzondere regel uit het Romeinse, het Middeleeuwse of het inheemse/oud-vaderlandse recht, op grond waarvan de huurder zijn recht kan invoeren tegen een *eerdere* hypotheekhouder, kan evenmin gesproken worden, zo bleek in de voorgaande paragrafen.

Moet een verklaring voor de formulering en - ruime - uitleg van art. 7A:1612 BW dan wellicht gezocht worden in de codificatiegeschiedenis van het artikel zelf? Ter beantwoording van die vraag moet eerst kort worden ingegaan op de positie van de huurder in het Franse recht (tot) aan het begin van de negentiende eeuw; art. 7A:1612 BW is in zekere zin immers een voortzetting van art. 1743 van de Code Civil van 1804.<sup>136</sup> De codificatiegeschiedenis van art. 7A:1612 BW komt vervolgens aan de orde.

### 8.7.2. De positie van de huurder in het Franse recht tot aan de negentiende eeuw

Art. 7A:1612 BW in de versie zoals wij het thans kennen, staat niet los van ontwikkelingen in het Franse recht in de negentiende eeuw. Het artikel is immers in veel opzichten de voortzetting van art. 1743 Code Civil des Français (Code Civil) van 1804 (hierna te noemen: Code Civil).

Uit de beschrijvingen van de ontstaansgeschiedenis van de Franse voorloper(s) van art. 7A:1612 BW in de achttiende en negentiende eeuw is echter geen aanknopingspunt te vinden dat zou kunnen leiden tot een rechtvaardiging voor de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. De

---

Derine, diss., p. 3-143.

<sup>133</sup>Zie voor een overzicht van literatuur uit de negentiende en twintigste eeuw bijv. Asser-Kamphuisen-Van Andel (1960), p. 202-204 en 258-263; Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 88.

<sup>134</sup>Vgl. Asser-Kamphuisen-Van Andel (1960), p. 258-259.

<sup>135</sup>Vgl. Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 255-262.

<sup>136</sup>Zie over de wetgeschiedenis van art. 7A:1612 BW hiervoor, hoofdstuk 1, par. 1.2.2.

heersende opvattingen in het Franse recht van die tijd omtrent de rechtspositie van de huurder bieden daartoe geen ruimte. Het volgende relaas - aan de hand van verschillende beschrijvingen van het oud-Franse recht inzake 'koop breekt (geen) huur' - mag dit adstrueren.

Vóór het einde van de achttiende eeuw werd in Frankrijk uit het obligatoire recht van de huurder de consequentie 'koop breekt huur' getrokken.<sup>137</sup> De huurder had weliswaar een recht op de zaak, maar alleen jegens de verhuurder; van deze kon hij schadevergoeding eisen bij niet-nakoming van diens verplichtingen en van deze alleen kon hij de zaak opeisen. De koper stond als derde geheel buiten de huurovereenkomst. Met de verkoop was het recht op de zaak van de huurder in rook opgegaan. Enige absolute recht werd aan het recht van de huurder onthouden.<sup>138</sup> (Hierbij dient opgemerkt te worden, dat in de Code Civil (art. 1138) de regel werd neergelegd, dat met het 'perfect' worden van de koopovereenkomst de koper tevens eigenaar van de verkochte zaak was geworden; een nadere levering was derhalve niet nodig).<sup>139</sup>

Deze beschrijving van de rechtspositie van de huurder biedt geen ruimte voor toepassing van 'koop breekt geen huur', ook niet in het geval van hypothecaire executie; een verklaring voor een dergelijke toepassing is dan helemaal niet aan de orde. Niet veel anders wordt dit indien de volgende mogelijkheid om aan het 'koop breekt huur' te ontkomen in de beschouwing wordt betrokken.

Bij de verkoop kon de verhuurder van de koper bedingen de huurder in zijn genot te zullen handhaven. *Door dit beding*, dat onmiddellijke werking had tussen nieuwe eigenaar en oude huurder, werd de bestaande huurovereenkomst tussen dezen voortgezet. *Door dit beding* ging met het verhuurde goed de gehele huurovereenkomst op de verkrijger over. De huurder van particuliere gronden was hiermee aangewezen op zijn verhuurder; alleen deze immers kon het beding bij de verkoop maken. Bij de verkoop van staatsdomeinen werd het beding verondersteld. In dit laatste geval gold derhalve 'koop breekt geen huur' (vgl. de huidige overgang van rechtswege van het huurcontract krachtens art. 7A:1612 BW). In 1791 werd omwille van de zorg voor de landbouw het 'koop breekt huur' deels doorbroken<sup>140</sup>: wanneer landbouwgronden voor maximaal zes jaar werden verhuurd<sup>141</sup>, ging huur voor koop. Boven de zes jaar gold de oude regel, hoewel een redelijke termijn voor ontruiming werd gelaten (één jaar).<sup>142</sup>

De ratio van deze doorbreking van 'koop breekt huur' was in 1791: billijkheid jegens de huurder, en algemeen belang (het algemene belang, dat landbouwgronden verhuurd kunnen worden en huurders bereid zouden zijn de gronden tegen de nodige kosten te verbeteren, iets waarvan zij weerhouden zouden worden indien zij telkens de kans liepen van de grond te worden verwijderd met alleen een schadevergoedingsactie tegen de verhuurder<sup>143</sup>). Niet bedoeld werd huur tot een zakelijk recht te maken; de termijn van 6 jaar werd beschouwd als de

<sup>137</sup>Vgl. Nelissen, diss., p. 231 e.v.; Cerutti (1972), p. 56; Asser-Kamphuisen-Van Andel (1960), p. 260 e.v.; Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 88.

<sup>138</sup>Zie uitgebreid Nelissen, diss., p. 236-237.

<sup>139</sup>Zie over deze wijze van eigendomsoverdracht, die op een historische ontwikkeling kon bogen, Demolombe (1853), nrs. 396-417, 420-463, en voorts Troplong (1845), p. 42-45; Colin et Capitant (1928), p. 935-940, 948, 950; Asser (1838), par. 365-367.

<sup>140</sup>Vgl. Nelissen, diss., p. 232-234; Asser-Kamphuisen-Van Andel (1960), p. 260.

<sup>141</sup>Pacht van 'landelijke eigendommen' werd vanwege de wankelende rechtspositie van de pachter als onaantrekkelijk beschouwd, vgl. Nelissen, diss., p. 232.

<sup>142</sup>Nelissen, diss., p. 230-232; Asser-Kamphuisen-Van Andel (1960), p. 259-260; Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 88.

<sup>143</sup>Vgl. Asser-Kamphuisen-Van Andel, t.a.p.; Asser-Abas, t.a.p..

maximale duur, waarvoor een eigenaar van het genot van zijn eigendommen verstoken kan blijven, omdat hij deze heeft verhuurd. Evenmin kon er sprake van zijn, dat de eigenaar met de huurovereenkomst enig recht aan de huurder overdroeg (in het Franse recht ging met de (koop)overeenkomst de eigendom van een goed over op de verkrijger, vgl. hierboven). Een huurovereenkomst, voor hoe lang ook aangegaan, was nimmer een 'acte d'alienation'.<sup>144</sup>

Met de invoering van de Code Civil in Frankrijk in 1804 werd de in 1791 opgenomen wettelijke uitzondering op 'het systeem' uitgebreid tot de gehele duur van een huurovereenkomst, ook als deze voor langer dan zes jaren werd aangegaan, alsmede tot de huur van huizen. Art. 1743 CC<sup>145</sup> draaide de regel 'koop breekt huur, tenzij anders bedongen' om en bepaalde, dat de verhuurder bij verkoop van het verhuurde de huurder niet uit het pand kan zetten, mits de huurovereenkomst tot stand is gekomen bij authentieke akte dan wel bij een onderhandse akte waarvan de datum ten opzichte van derden is komen vast te staan (bijv. door registratie), 'le bail à date certaine' (een dergelijke registratie van huren, aangegaan voor langer dan achttien jaren, werd in Frankrijk bij wet van 1855 ingevoerd<sup>146</sup>). Wel opende art. 1743 CC de mogelijkheid, dat de verhuurder zich bij de huurovereenkomst de mogelijkheid voorbehield, dat verkoop van het verhuurde wél de huur zou 'breken'.

Ook met dit artikel is waarschijnlijk niet beoogd het recht van de huurder tot een absoluut zakelijk recht te maken.<sup>147</sup> Niettemin heeft de bepaling feitelijk tot gevolg, dat de huurder zijn huurrecht tegen een derde-verkrijger kan inroepen, namelijk diegenen die met de verkrijging van het goed ook de huur overnemen. Zijn recht inroepen jegens iedere derde kan de huurder echter niet.<sup>148</sup> Uit het artikel volgt slechts, dat met de vervreemding van het verhuurde goed de gehele huurovereenkomst (van rechtswege) op de verkrijger overgaat (tenzij bij de huurovereenkomst anders werd bedongen).

Slechts op basis van dit laatstgenoemde, feitelijke gevolg zou mogelijk verondersteld kunnen worden, dat ook bij een executieverkoop door een hypotheekhouder het 'koop breekt geen huur' zou hebben gegolden. Indien dit zo is geweest - de literatuur biedt daartoe geen aanwijzingen -, dan verschilt het resultaat niet van de impliciete toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek' die voor het Nederlandse recht sinds het begin van de negentiende eeuw algemeen aangenomen wordt. Met een dergelijke veronderstelling is echter nog geenszins een *verklaring of rechtvaardiging* voor die impliciete aanname (de ruime werking van art. 7A:1612 BW) gegeven.

---

<sup>144</sup>Nelissen, t.a.p.; Asser-Abas, t.a.p..

<sup>145</sup>Dit artikel is hiervoor, in hoofdstuk 1, par. 1.2.2 reeds ter sprake gekomen en weergegeven. Zie ook hierna, par. 8.7.5.

<sup>146</sup>Vgl Nelissen, diss., p. 249-251.

<sup>147</sup>Aldus Nelissen, diss., p. 234-239, tevens de voorstanders van een absoluut huurrecht weergevend. Vgl. ook Asser-Kamphuisen-Van Andel, t.a.p., Asser-Abas, t.a.p. en Schrage (1984), p. 9-10.

<sup>148</sup>Zie de door Nelissen, diss., p. 239-241 aangehaalde voorbeelden uit de Franse rechtspraak, die het zakelijk recht van de huurder aannam. Niet alleen tegen de verhuurder en diens rechtsopvolger onder bijzondere titel van het gehuurde, maar ook tegen derden in het algemeen zou dan een beding uit de huurovereenkomst (die zou leiden tot een absoluut zakelijk recht) kunnen worden ingeroepen.

*8.7.3. De totstandkoming van de artikelen 7A:1612 BW en 1230 (Oud) BW<sup>149</sup> en de situatie 'huur-na-hypothec'*

Zoekt men in de totstandkomingsgeschiedenis van de artikelen 7A:1612 BW en 1230 (Oud) BW naar een verklaring voor de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypothec', dan heeft het er alle schijn van, dat de regering uitdrukkelijk voor deze toepasselijkheid heeft gekozen. Dit is vooral af te leiden uit de beraadslagingen rond (het toekomstige) art. 1230 BW.<sup>150</sup> Het is echter de vraag of de regering bij deze keuze weloverwogen te werk is gegaan.<sup>151</sup> Vanuit het parlement wordt éénmaal voorgesteld, klaarblijkelijk op rechtssystematische gronden, om de huur te doen ophouden in geval van executie:

„(.) Twee leden zouden voorstellen, dat in geval van uitwinning de huur zoude moeten eindigen: huur gaat wel is waar voor koop, ingeval het eene vrijwillige verkooping is, waarbij de eigenaar geen ander regt kan overdragen dan hij zelve heeft, doch bij uitwinning geldt het regten van derden, welke door de huur benadeeld worden: doorgaans zijn de hypotheeken bij gebrek aan betaling der interessen jaarlijks opzegbaar, en dan moet ook jaarlijks het verhypotheceerde goed denzelfden waarborg blijven opleveren als het bij het vestigen der hypotheek aanbod; lage huren vernietigen dien waarborg, en strijden dus tegen de regten der hypotheekhouders; de eigenaar kan die regten niet verkorten, en dus eene verhuring geeft inderdaad aan den huurder meerder regt, namelijk dat van een langdurig gebruik, over, dan hij zelve heeft. (.)<sup>152</sup>

Er wordt door deze 'twee leden' een onderscheid gemaakt tussen vrijwillige en executorialie verkoop. In het eerste geval geldt 'koop breekt geen huur', in het tweede niet. De reden is, zo wordt betoogd, dat bij executie door een hypotheekhouder een reeds bestaand hypotheekrecht in het geding is. Een verhuring van het verhypotheceerde pand tast de waarborg voor de hypotheekhouder aan en is aldus in strijd met diens hypotheekrecht. De eigenaar/hypothecgever kan aan dat reeds gevestigde recht geen afbreuk meer doen door nadien te verhuren. Wordt er in dit geval tóch 'koop breekt geen huur' aangenomen, dan raakt men in strijd met het 'nemo plus-beginsel', dat inhoudt: niemand kan meer rechten overdragen dan hij zelf heeft. Strijd met dit beginsel ontstaat, omdat de eigenaar/hypothecgever aan de huurder kennelijk een recht doet toekomen dat inroepbaar is tegen het eerdere hypotheekrecht, terwijl de verhuurder zelf dat gevestigde hypotheekrecht niet kon aantasten.

De regering wil van deze redenering niet weten en antwoordt bij monde van de Minister van Justitie:

„Men vreest bovendien niet zeer, althans in de gewone gevallen, voor de belemmeringen der hypothecaire schuldeischers, waarvan de Afdeeling gewaagt, omdat deze belang hebben bij de voordeelige verhuring van het perceel en in allen gevalle een mogelijk misbruik den wetgever niet behoort af te houden om

---

<sup>149</sup>Zie voor de hoofdlijnen van de wetsgeschiedenis van deze artikelen hiervoor, hoofdstuk 1, respectievelijk de paragrafen 1.2.2, 1.3.2 en 1.4.2.

<sup>150</sup>Cerutti (1972), p. 59, stelt '(.) dat bij de behandeling van art. 1612 in de Kamer, over dit in het Oud Vaderlands recht wel voorziene maar niet in het wetboek van 1830 geregeld onderwerp, uitvoerig werd gediscussieerd. Aan de aandrang om een soortgelijke uitzondering op te nemen, beantwoordde de Regering echter niet.'

<sup>151</sup>Vgl., in dezelfde zin, Roes, diss., p. 105.

<sup>152</sup>Hand. II 1833-1834 (Bijl.), p. 18-19.

eenen maatregel voor te schrijven, die zich zoo zeer aanbeveelt en op welken men zoo zeer prijs heeft gesteld.'

(..)

Men gedraagt zich aan het bovenstaand antwoord, alleen nog opmerkende, dat het verbreken der huur, in geval van uitwinning eens perceels, niet bij dezen Titel kan worden vastgesteld, maar de overweging van dit punt bij den Titel van huur en verhuur te pas kwam. Bij gelegenheid der raadplegingen over dien Titel heeft men vermeend, zoodanige bepaling niet te kunnen aannemen, vermits ieder huurder, die een perceel voor een zeker tijdvak had gehuurd, elk oogenblik zoude gevaar loopen hetzelfde te moeten ruimen en nimmer zeker zoude zijn, of hij, niettegenstaande zijnen geslotene overeenkomst, niet spoedig tot verhuizing en het zoeken eener andere woning zoude worden genoodzaakt.<sup>153</sup>

De regering wijst het voorstel van de 'twee leden' af: verbreken van de huur bij uitwinning is onwenselijk met het oog op de belangen van de huurder. Deze zou plotseling met een executie van het door hem gehuurde geconfronteerd kunnen worden en, 'niettegenstaande zijnen geslotene overeenkomst', ineens naar nieuwe woonruimte moeten gaan omzien. Verwezen wordt in het antwoord van de minister naar de 'raadplegingen' over de titel van huur en verhuur (waaronder die over art. 7A:1612 BW); deze vonden één zittingsjaar eerder plaats. Ook toen besloot de regering met het oog op de belangen van de huurder tot niet-aanname van een bepaling, inhoudende dat de huur zou vervallen bij uitwinning van het verhypotheceerde pand. Vanuit het parlement waren soortgelijke voorstellen gedaan als het bovengenoemde, namelijk:

(..) In verscheiden provinciën bestond de wettelijke bepaling, dat bij executorialen verkoop de huur op een bepaalden tijd eindigen moest; de Afdeeling zoude dit beginsel, naar billijkheid gewijzigd, verlangen weder ingevoerd te zien; men kan in alle gevallen dengene, die zijn goed met hypotheek bezwaart, beschouwen, als hebbende een zakelijk regt op den schuldeischer overgedragen, en in zeker opzigt met den vruchtgebruiker gelijkstellen, waarom dan ook de bepaling aangaande den dwang van de verhuur door vruchtgebruikers voegzaam tot maatstaf kan aangenomen worden.<sup>154</sup>

en:

(..), om de huur bij geregtelijke verkooping te doen ophouden, ter voorkoming van het bedrog, hetwelk de ondervinding geleerd heeft meermalen te zijn gepleegd door debiteuren ten nadeele van hunne

<sup>153</sup>Hand. II 1833-1834 (Bijl.), p. 25.

<sup>154</sup>Hand. II 1832-1833 (Bijl.), p. 542; vgl. ook Voorduin V, p. 226-227. Zie in deze zin ook reeds de rede van het kamerlid Van Asch van Wijk uit 1825, Hand. II 1824-1825 (Versl.), p. 218. De aanleiding tot het hier weergegeven voorstel was de volgende opmerking (zie Hand. II 1832-1833 (Bijl.), p. 542): '(..), dat ingeval van verkoop bij geregtelijke uitwinning, bijzonder wanneer er hypotheek op het goed gevestigd zijn, het voor de zekerheid van den hypotheekbewaarder noodig is, dat het onderpand niet zoo lang verhuurd kan worden, als de schuldenaar, eigenaar van het goed, dit zal goedvinden. Veelvuldige voorbeelden hebben doen zien, welk schromelijk misbruik daarvan gemaakt is, niet alleen door vooruitbetaling van toekomstige huur, maar ook door het verhuuren voor zeer lange jaren en tegen lage prijzen, waardoor de verkoopwaarde van het goed bij regterlijke uitvoering zeer veel beneden de eigenlijke waarde was gedaald.'

## EEN RECHTSHISTORISCHE VERKLARING?

schuldeischers, door het gehypothekeerde goed gedurende een langen tijd voor eenen geringen prijs of met opbeuring der huur bij voorbetaling aan derden te verhuren, (...).<sup>155</sup>

De Minister van Justitie antwoordde kort:

‘Ten aanzien der verhuring van verhuypothekeerde panden heeft men, bij de herziening van den XXsten Titel des Ilden Boeks, doelmatige voorzieningen voorgedragen (het latere art. 1230 BW<sup>156</sup>, RW).

Men vindt echter groote zwaarigheid, om de huur bij executie-verkoop van *regtswege* te doen ophouden, omdat daardoor de huurder van huizen, en bijzonder van landerijen, *facto alterius*, merkkelijk zoude kunnen worden benadeeld.

Het spreekt overigens van zelf, dat, indien er zamenspanning tusschen de partijen heeft plaats gehad, de overeenkomsten volgens art. 1403 zullen kunnen worden vernietigd.<sup>157</sup>

Samengevat: het herhaalde voorstel uit de Kamer om de huur te doen ophouden bij hypothecaire executie is op te vatten als een poging om de kennelijke toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie ‘huur-na-hypotheek’ te beëindigen. Alleen in het eerstgenoemde voorstel lijken ook rechtssystematische bezwaren een rol te spelen, maar overigens (vooral in de andere voorstellen) staat vooral centraal de bescherming van de hypotheekhouder tegen frauduleus handelen door de hypotheekgever. Anders gezegd: het voorkomen van misbruik door de hypotheekgever van de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie ‘huur-na-hypotheek’. Het antwoord van de minister houdt (slechts) in, dat - op rechtspolitieke gronden - art. 7A:1612 BW óók werking heeft indien er wordt verhuurd nádat er is verhuypothekeerd en dat er te dier zake ‘doelmatige voorzieningen’ zijn voorgedragen.

Kan nu gezegd worden dat in deze enkele fragmenten - de enige die omtrent de veronderstelde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie ‘huur-na-hypotheek’ duidelijkheid kunnen verschaffen - een ‘*principiële*’ discussie besloten ligt over een *rechtssystematische grondslag en verantwoording* van die toepasselijkheid? Het is zeer twijfelachtig. In de overige parlementaire geschiedenis van de artikelen 7A:1612 BW en 1230 Oud BW (art. 3:264 BW) komt het rechtssystematische aspect van deze werking van art. 7A:1612 BW niet voor.

Geconcludeerd kan worden, in de eerste plaats, dat met de summiere gedachtenwisseling tussen Tweede Kamer en regering het rechtspolitieke argument - bescherming van de huurder tegen een plotselinge uitwinning van het gehuurde - gezegevierd heeft over eventueel bestaande rechtssystematische bezwaren tegen een huurrecht dat voorgaat boven een reeds bestaand hypotheekrecht (van die bezwaren is in de discussie echter nauwelijks gebleken). In de tweede plaats moet vastgesteld worden, dat de regering het wezenlijke en rechtssystematische verschil tussen de situatie ‘huur-na-hypotheek’, waarbij sprake is van *executie* krachtens een *anterieur* hypotheekrecht, en het ‘normale’ geval van ‘eigendomsverdracht-na-huur’, wanneer het de eigenaar/verhuurder zélf is die verkoopt en levert, kennelijk gelaten heeft voor wat het is. Of zij

<sup>155</sup>Hand. II 1832-1833 (Bijl.), p. 545; vgl. ook Voorduin V, p. 226-227.

<sup>156</sup>Zie ook hierna, par. 8.7.5.

<sup>157</sup>Hand. II 1832-1833 (Bijl.), p. 553. Vgl. ook Voorduin V, p. 222, alwaar wordt vermeld dat de regering in 1824 aangaf ‘geen denkbare redenen’ te kunnen vinden om huur door een verkoop bij executie tegen de verhuurder, te doen ophouden, en Cerutti (1972), p. 59, hierboven bij noot 150 geciteerd. Het in dit fragment genoemde ‘art. 1403’ is in het uiteindelijke art. 1230 art. 1377 (Oud) BW geworden, de regeling van de ‘onverplicht verrichte rechtshandelingen’.

dit - met het oog op het systeem van het Burgerlijk recht - ook weloverwogen gedaan heeft, is twijfelachtig.<sup>158</sup>

#### 8.7.4. De totstandkoming van art. 3:264 BW en de situatie 'huur-na-hypotheek'

Het onderscheid tussen de situatie 'hypotheek-na-huur' en 'huur-na-hypotheek' wordt duidelijker aangetroffen in de totstandkomingsgeschiedenis van het huidige art. 3:264 BW (duidelijker dan in de beraadslagingen rond art. 1230 (Oud) BW). De discussie is echter vooral gericht op de vraag *hoe* de werking van art. 3:264 BW in de beide situaties moet worden begrepen.<sup>159</sup> Met betrekking tot de situatie 'huur-na-hypotheek' worden vooral tegen elkaar afgewogen de belangen van de huurder en de hypotheekhouder. De huurder moet beschermd worden tegen de gevolgen van een ontruiming (hoewel hij huurde in strijd met een huurbeding) en de hypotheekhouder dient met het huurbeding de waarde van het tot zekerheid verbonden onderpand te kunnen waarborgen, zulks in verband met diens bereidheid tot kredietverschaffing aan huizenkopers.

De onderliggende rechtssystematische vraag *of* het huurbedingartikel wel werking moet of kan hebben in de situatie 'huur-na-hypotheek', is echter niet aan de orde. Het huurbeding is het uitgangspunt in het denken. Men zie bijvoorbeeld de opmerking van Minister Korthals Altes<sup>160</sup>:

'De hoogte van het ter zake van bestaande hypotheek aan de schuldenaar ter beschikking gestelde bedrag zal zijn afgestemd op de mate van bescherming die het huurbeding aan de hypotheekhouder als verschaffer van een financiering biedt.'

<sup>158</sup>Vgl., in soortgelijke zin, Roes, diss., p. 105. Zie ook hierna, hoofdstuk 9, par. 9.10.

<sup>159</sup>Zie bijvoorbeeld het verslag van de Vaste commissie voor Justitie, Boeken 3, 5 en 6 BW, UCV 76 (1 juni 1987), p. 76-18 t/m 76-24 en UCV 85 (24 juni 1987), p. 85-6 t/m 85-10.

<sup>160</sup>Verslag UCV 76 (1 juni 1987), a.w., p. 76-22 m.k.

## EEN RECHTSHISTORISCHE VERKLARING?

of de uitspraak van regeringscommissaris W. Snijders<sup>161</sup>:

‘Het huurbeding heeft uitsluitend betrekking op huurovereenkomsten die zijn gesloten na de hypotheekverlening.’

Anders gezegd: aan de werking van art. 7A:1612 BW in die situatie wordt niet getornd<sup>162</sup>; een hypotheekhouder wordt geacht ook een huurrecht te moeten respecteren dat ná de vestiging van het hypotheekrecht wordt verleend.

### *8.7.5. De overige wetsgeschiedenis van de artikelen 7A:1612 BW, 1230 (Oud) BW en 3:264 BW*

Afgezien van de in de paragrafen 8.7.3 en 8.7.4 gereleveerde passages zoekt men tevergeefs naar enige discussie over de situatie ‘huur-na-hypotheek’ in de wetsgeschiedenis van de artikelen 7A:1612 BW, 1230 (Oud) BW en 3:264 BW. De ‘beginselmatische’ toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op deze situatie wordt kennelijk algemeen aangenomen, verondersteld of vanzelfsprekend geacht: indien een hypotheekhouder wordt geconfronteerd met een latere verhuring, is deze ex art. 7A:1612 BW jegens hem in te roepen. Met betrekking tot deze wets-historie vallen vooral vier omstandigheden op:

1. de regering ziet geen reden om te onderscheiden naar de aard van de verkoop (vrijwillig of executoriaal);
2. de aandacht in de parlementaire discussie is vooral gericht op de vraag of een *koper* bij een executie-verkoop eventueel de eerdere huurder tot ontruiming kan dwingen;
3. het ‘beginsel’ ‘koop breekt geen huur’ wordt algemeen aangehangen en ligt ook ten grondslag aan de ‘voorlopers’ van art. 7A:1612 BW;
4. voor zover er sprake is van ‘huur-na-hypotheek’, ligt de nadruk vooral op bescherming van de hypotheekhouder tegen frauduleus handelen door zijn schuldenaren; het huurbeding strekt hiertoe.

#### *Ad 1. Geen onderscheid tussen vrijwillige en executoriale verkoop*

De regering ziet kennelijk geen aanleiding om bij de toepassing van het uitgangspunt ‘koop breekt geen huur’ te onderscheiden tussen een vrijwillige verkoop (door de eigenaar/verhuurder

---

<sup>161</sup>Verslag UCV (24 juni 1987), a.w., p. 85-9.

<sup>162</sup>Zelfs niet door het Kamerlid Wolffensperger, die weliswaar stelt dat tussen de situaties ‘hypotheek-na-huur’ en ‘huur-na-hypotheek’ zeer scherp moet worden onderscheiden (Verslag UCV 85 (24 juni 1987), a.w., p. 85-6 l.k.), maar vervolgens voor de situatie ‘huur-na-hypotheek’ toch weer uit lijkt te gaan van een regeling (van financiële compensatie) *bij het huurbeding* (Verslag UCV 85, (24 juni 1987), a.w., p. 85-6 m.k.). Zie ook Albers-Dingemans (1998), p. 22, die stelt: ‘Bij het doorlezen van de Parlementaire Geschiedenis valt op dat in de discussie nauwelijks aandacht werd besteed aan de tekstuele betekenis en de consequenties daarvan. Het enige punt van discussie betrof de vraag of de bescherming van de huurder niet ten koste zou gaan van een goed financieringsklimaat voor kopers op de huizenmarkt.’



verricht) en een executoriale verkoop (bijvoorbeeld een verkoop door de hypotheekhouder). Dit blijkt uit de afwijzing (in de zittingsjaren 1832-1833 en 1833-1834) van het voorstel om de verhuuring bij een *executie*-verkoop van rechtswege te doen ophouden.<sup>163</sup>

Opmerkelijk is in dit verband, dat (alleen) in een wetsontwerp van de hand van Kemper wél een onderscheid wordt aangetroffen tussen vrijwillige verkoop, waarin het adagium 'koop breekt geen huur' expliciet is neergelegd (art. 2605<sup>164</sup>) en executoriale verkoop, waarin een zekere matiging van dit adagium is aangebracht.<sup>165</sup> Namelijk, in het geval van een gedwongen verkoop heeft een *koper* het recht een verhuuring niet gestand te doen, wanneer deze verhuur is aangegaan binnen één jaar voor de 'insolventverklaring' (art. 2608<sup>166</sup>). Naar aanleiding van dit art. 2608 wordt, in verband met het in 1820 nog geldende art. 1743 CC (in welk artikel eveneens over een eventueel ontruimingsrecht van *de koper* wordt gesproken) het '16e vraagpunt' geformuleerd, luidende:

'Indien een onroerend goed, ten gevolge van de insolventie van den eigenaar, is vervreemd, kan dan het huurcontract door den koper worden vernietigd?'<sup>167</sup>

Dit vraagpunt, geformuleerd in het zittingsjaar 1823-1824, is in de daarop volgende anderhalve eeuw in zekere zin de richting van de verdere discussie gaan bepalen (zie hierna, ad 2).

#### *Ad 2. De aandacht voor de koper bij een executie-verkoop*

Op het hierboven weergegeven zestiende vraagpunt is een groot deel van de aandacht gericht in de parlementaire beraadslagingen. Aan de orde is de vraag of een *koper* bij een

<sup>163</sup>Hierboven, in par. 8.7.3 weergegeven.

<sup>164</sup>Hand. II 1820-1821 (Bijl.), p. 476, artikel 2605: 'Vrijwillige vervreemding door den verhuurder gedaan, of uitgifte in erfpacht of vruchtgebruik, doet, wanneer zulks niet tusschen den huurder en verhuurder is bedongen geweest, de huur en verhuuring geenszins te niet gaan; doch de nieuwe eigenaar, erfpachter of vruchtgebruiker, in het bezit van zijn regt gesteld zijnde, treedt in de plaats van den verhuurder, even alsof hij zelf de verhuuring gedaan had. Hetzelfde heeft plaats, wanneer de verhuurder het verhuurde goed aan een derden gelegateerd heeft.' Dit artikel komt uit het tweede Ontwerp Kemper van 1820; een eerste Ontwerp met daarin een soortgelijk artikel (2981) dateert van 1816; vgl. Cerutti (1972), p. 91-92, alwaar ook gegevens over de vindplaats van de ontwerpen.

<sup>165</sup>Zie over dit Ontwerp Kemper, Cerutti (1972), p. 57, 91-92, sprekende van '(..) een goed doordachte codificatie van het Oud Vaderlands recht, waarin de regel koop breekt geen huur is geredigeerd met inbegrip van de modulaties die vóór 1809 golden, (.. waaronder, RW..) een bijzondere regeling voor executoriale verkoop.' Of zo eenduidig gesproken kan worden van een codificatie van oud-Vaderlands recht is naar mijn mening niet geheel zeker, zie hierna, bij noot 171 en 179.

<sup>166</sup>Hand. II 1820-1821 (Bijl.), p. 476-477, artikel 2608: 'Wanneer het verhuurde goed verkocht wordt, bij verklaarde insolventie van den verhuurder, zal de koper het regt hebben, om de verhuuring niet gestand te doen; wanneer dezelve geschied is binnen het laatste jaar vóór de insolventverklaring, mits hij in dat geval, daarvan opzegging doe aan den huurder, binnen zes weken na den koop.' Dit artikel komt uit het tweede Ontwerp Kemper van 1820; een eerste Ontwerp met daarin een soortgelijk artikel (2984) dateert van 1816; vgl. Cerutti (1972), p. 91-92.

<sup>167</sup>Hand. II 1823-1824 (Bijl.), p. 257, 260, 261 en *idem* (Versl.), p. 35.

executie-verkoop eventueel de eerdere huurder tot ontruiming kan dwingen.<sup>168</sup> Aan deze vraagstelling moet noodzakelijkerwijs het uitgangspunt ten grondslag liggen, dat koop geen huur breekt, óók niet bij verkoop door een hypotheekhouder in de situatie 'huur-na-hypotheek'. Dat uitgangspunt is echter in het geheel niet in discussie, integendeel zelfs: het 'beginsel' van art. 1743 CC (koop breekt geen huur) lijkt boven alle twijfel verheven te zijn<sup>169</sup>, óók (en impliciet) in de situatie 'huur-na-hypotheek'.<sup>170</sup>

Aan die indruk doet niet af het (éénmaal) herhaalde voorstel om de huur te doen eindigen bij hypothecaire executie, hierboven, in paragraaf 8.7.3, weergegeven. Dit voorstel lijkt om twee redenen niet meer te zijn geweest dan een incident<sup>171</sup> dat bovendien losstaat van de discussie over een ontruimingsbevoegdheid van de koper: het voorstel werd gedaan in de zittingsjaren 1832-1833 en 1833-1834 (terwijl de discussie over het zestiende vraagpunt speelde vanaf 1823-1824), en het werd zonder veel motivering afgewezen door de regering. Anders gezegd: van een principiële discussie over de vraag of 'koop breekt geen huur' ook moest gelden in de situatie 'huur-na-hypotheek', is geen sprake geweest.

*Ad 3. Het 'beginsel' 'koop breekt geen huur' in artikelen, die voorafgingen aan art. 7A:1612 BW*

De totstandkoming van (het latere) art. 7A:1612 BW werd voorafgegaan door twee bepalingen in respectievelijk het 'Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland' (dat gold van 1809 tot 1811) en de Code Civil des Français (1811-1833).<sup>172</sup> In beide bepalingen was het 'beginsel' (zo daarvan gesproken kon worden) 'koop breekt geen huur' neergelegd, zulks in overeenstemming met de op dat moment heersende opvattingen in het Franse recht (zie hierboven, paragraaf 8.7.2). Art. 1508 van het 'Wetboek Napoleon' luidde:

'Wanneer de verhuurder het verhuurde verkoopt, kan de koper den huurder niet noodzaken om het gekochte te ontruimen, wanneer deze van een behoorlijk huur-contract voorzien is, ten ware de verhuurder het regt om den huurder, in geval van verkoop, het gehuurde door den koper te kunnen

<sup>168</sup>Vgl. in deze zin ook Asser-Kamphuisen-Van Andel (1960), p. 261. Ook in de verdere geschiedenis van het huurbeding speelt de vraag een (zeer) belangrijke rol, vgl. Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 180-182; Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 263-264.

<sup>169</sup>Vgl. in deze zin bijvoorbeeld Asser-Kamphuisen-Van Andel (1960), p. 261.

<sup>170</sup>Men vergelijk ook de conclusie, bereikt naar aanleiding van het citaat van Bodenstern, weergegeven in par. 8.5, bij noot 56.

<sup>171</sup>Anders Cerutti (1972), p. 59, die spreekt van een 'uitvoerige discussie' over een 'in het Oud Vaderlands recht wel voorziene maar niet in het wetboek van 1830 geregeld onderwerp'. De aanduiding 'wel voorziene' zou echter beter hebben kunnen zijn: 'wel voorkomende'. Op p. 55 stelt hij namelijk, na bespreking van de uitzondering op de regel 'koop breekt geen huur', waarbij aan het hypotheekrecht voorrang werd toegekend boven het (latere) huurrecht: 'In andere streken kende men de uitzondering niet, soms is ze uitdrukkelijk uitgesloten (...)'. Op p. 57 spreekt hij weer van 'een goed doordachte codificatie van Oud Vaderlands recht', waarin onder meer voor de executoriale verkoop 'modulaties' waren opgenomen die vóór 1809 golden. Zie over de verscheidenheid in het oud-Vaderlandse recht voorts hiervoor, par. 8.6.

<sup>172</sup>Zie over deze wetten ook hiervoor, hoofdstuk 1, par. 1.2.2.

doen ontruimen, bij het contract uitdrukkelijk had voorbehouden.<sup>173</sup>

Art. 1743 CC bevatte een soortgelijke bepaling. Dit artikel werd woordelijk overgenomen als art. 30 Wet van 1 maart 1825<sup>174</sup> en als art. 1631 BW 1830 (welk nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1831 in werking zou zijn getreden als niet de Belgische opstand een opschorting van de nieuwe wetgeving noodzakelijk had gemaakt<sup>175</sup>). Het artikel luidde:

‘Indien de verhuurder het verhuurde verkoopt, mag de koper den huurder, die een authentiek huur-contract heeft, of wel zoodanig een, waarvan de dagteekening zeker is, niet noodzaken om het gehuurde te ontruimen, ten ware dit regt bij het huur-contract mogt voorbehouden zijn.’<sup>176</sup>

Deze artikelen en het daarin neergelegde uitgangspunt ‘koop breekt geen huur’ lagen onbetwist ten grondslag aan de gedachtenwisselingen in het parlement. Eén citaat ten voorbeeld:

‘De bijvoeging in de slotbepaling van art. 30<sup>177</sup> is nuttig, omdat zij afsnijdt groote moeilijke twisten. Daarbij wordt vastgesteld, dat, zoo een derde verkrijger den huurder noodzaakt het gehuurde te ontruimen uit kracht van eene bijzondere overeenkomst, (...)’.<sup>178</sup>

In het eerste lid van het uiteindelijke art. 7A:1612 BW werd, zoals bekend, het ‘beginsel’ uitdrukkelijk neergelegd:

‘1. Door verkoop van het verhuurde wordt eene te voren aangegane huur niet verbroken, ten ware dit bij de verhuring mogt voorbehouden zijn.’

Enige verwijzing naar een onderscheid tussen de situatie ‘eigendomsoverdracht-na-huur’, waarbij het de eigenaar/verhuurder zélf is die verkoopt en levert, en het geval waarin het een hypotheekhouder is die executeert krachtens een aan het huurrecht *anterieur* hypotheekrecht, komt men niet tegen.<sup>179</sup> De situatie ‘huur-na-hypotheek’ wordt impliciet of vanzelfsprekend (of onbewust?) over de kam van het ‘koop breekt geen huur’ geschoren.

Is dit laatste wellicht te verklaren met de zogenaamde mandaatsleer, krachtens welke de

<sup>173</sup>Het Nederl. Burg. Wetboek, de Code Civil, Het Wetboek Lodewijk Napoleon en het Burgerlijk Wetboek van 1830, met verwijzingen tot elkander en tot de overige wetboeken, benevens opgave van de voornaamste schrijvers over het tegenwoordig Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, Leijden en Amsterdam, 1850.

<sup>174</sup>Stb. 1825, no. 21.

<sup>175</sup>Vgl. hiervoor, hoofdstuk 1, par. 1.2.2.

<sup>176</sup>Letterlijke vertaling uit het Frans ontleend aan Hand. II 1824-1825 (Bijl.), p. 113, art. 30 Ontwerp van Wet, Titel VIII van Boek III (het latere artikel 1631 in het doorgenummerde BW); vgl. hiervoor, hoofdstuk 1, par. 1.2.2.

<sup>177</sup>De bijvoeging betrof schadevergoeding voor de huurder bij gedwongen ontruiming; art. 30 is de voortzetting van art. 1743, hierboven geciteerd.

<sup>178</sup>Rede van Tammo Sypkens, Hand. II 1824-1825 (Versl.), p. 216. Een ander voorbeeld is te vinden in de rede van Van Asch van Wijk, Hand. II 1824-1825 (Versl.), p. 218, 3e alinea. Vgl. voorts het verslag van de parlementaire discussie bij Voorduin V, p. 220-228 en, zeer stellig, Asser-Kamphuisen-Van Andel (1960), p. 261: ‘(...) Maar overigens bleek niemand enig bezwaar te hebben tegen het beginsel van art. 1743 C.c.; men was klaarblijkelijk van oordeel, dat dit een billijke regeling inhield, (...)’.

<sup>179</sup>Met uitzondering van het ‘Ontwerp Kemper’, waarover hierboven, bij noot 164.

*verhuurder* ook bij uitwinning van zijn goed geacht werd de verkoper te zijn (en niet de executerende hypotheekhouder)?<sup>180</sup> Dan immers bestrijken de woorden 'verkoop door de verhuurder' uit de bovenstaande artikelen en 'verkoop van het verhuurde' in art. 7A:1612 BW ook de situatie 'huur-na-hypotheek'. Het antwoord moet (waarschijnlijk) ontkennend luiden, om drie redenen. In de eerste plaats geeft de hierboven beschreven Franse herkomst van (de tekst van) art. 7A:1612 BW, te weten art. 1743 CC, geen aanleiding om te veronderstellen dat die tekst van art. 7A:1612 BW mede met het oog op een executie door een schuldeiser (hypotheekhouder), is afgestemd op de mandaatsleer. Hiervoor, in paragraaf 8.7.2 werd bovendien al aangegeven, dat ten tijde van het ontstaan van art. 1743 CC de opvattingen in het Franse recht over de rechtspositie van een huurder reeds aan toepassing van het adagium 'koop breekt geen huur' in de situatie 'koop-na-huur' in de weg stonden. Uitbreiding van het adagium met de aanname daarvan over de situatie 'huur-na-hypotheek' ligt dan niet zeer voor de hand. In de tweede plaats ontbreekt een verklarende verwijzing naar de mandaatsleer in dit verband ten enenmale in de parlementaire geschiedenis van art. 7A:1612 BW.<sup>181</sup> In de derde plaats ligt een verklaring voor de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW met de mandaatsleer niet voor de hand, omdat dan de brede aandacht in de beraadslagingen voor het '16e vraagpunt' (zie hierboven, ad 1 en 2) nogal merkwaardig zou overkomen. Dit vraagpunt richt zich op de kennelijke verplichting van een hypotheekhouder om een later totstandgekomen huurrecht bij executie te respecteren. Uitgaande hiervan wordt vervolgens het vraagpunt geformuleerd: kan de koper zich onttrekken aan zijn gebondenheid aan het huurrecht door het huurcontract te vernietigen? Zou de wetgever de hypotheekhouder nu eerst, en welbewust op grond van de mandaatsleer, de hypotheekhouder binden aan een later huurrecht, om vervolgens te gaan trachten het gevolg van die leer, gebondenheid van de koper, weer ongedaan te maken? Het lijkt vrij onwaarschijnlijk, en, mocht een zodanige - niet zeer zinnige - werkwijze gevolgd zijn, dan blijkt daarvan zoals gezegd niet uit de parlementaire beraadslagingen. Gesteld echter, dat de wetgever toch impliciet en stilzwijgend is uitgegaan van de mandaatsleer bij de totstandkoming van art. 7A:1612 BW en dat die leer 'de verklaring' moet zijn voor de ruime uitleg van het artikel, dan moet duidelijk zijn dat, met het verlaten van die leer door de Hoge Raad in 1977<sup>182</sup> de grondslag voor die ruime uitleg is vervallen. Hoe dit alles zij - wellicht kan een vervolgonderzoek naar deze rechtshistorische kwestie nader licht op de zaak werpen - voor het huidige recht kan de mandaatsleer in ieder geval geen verklaring bieden voor de ruime uitleg, nu aan de hypotheekhouder in art. 3:268 BW een eigen recht van verkoop is toegekend.

Het voorgaande samenvattend: het heeft er de schijn van, dat de situatie 'huur-na-hypotheek' impliciet 'begrepen' is geweest in de discussie over de situatie 'eigendomsoverdracht-na-huur', in welke situatie het de verhuurder zélf is die verkoopt.

#### *Ad 4. Nadruk op bescherming tegen frauduleus handelen*

Wanneer op enigerlei wijze in de wetsgeschiedenis van de artikelen 7A:1612 BW en 1230 (Oud) BW sprake is van de situatie 'huur-na-hypotheek', ligt de nadruk vooral op bescherming

<sup>180</sup>Zie over deze leer Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 198 e.v.; Van der Kwaak, diss., p. 64-97.

<sup>181</sup>Zie voorts over de geschiedenis van de mandaatsleer, die in de literatuur reeds sinds de vorige eeuw uitvoerig werd bestreden maar door de Hoge Raad tot ver in de twintigste eeuw werd aangehangen, Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 198-203.

<sup>182</sup>HR 25 januari 1977, NJ 1977, 362 m.n. WMK (Hogevalksedijk), AA XXVI, p. 310 (PAS).

van de hypotheekhouder tegen frauduleus handelen door zijn schuldenaren (die het verhypothekerde goed voor een lange tijd en/of tegen een lage prijs verhuren).<sup>183</sup> Reeds in 1823 wordt voorgesteld om

de noodige bepalingen te maken, ten einde het misbruik van het beginsel in de toepassing voor te komen.<sup>184</sup>

Met dit 'beginsel' wordt 'koop breekt geen huur' bedoeld, zo moet bij gebreke van een andere optie in dit verband worden aangenomen. Het beginsel wordt als vanzelfsprekend geacht van toepassing te zijn op de situatie 'huur-na-hypotheek'.

Tegen frauduleus handelen zijn ook gericht de 'doelmatige voorzieningen' in de 'XXsten Titel des IIden Boeks', waar de Minister van Justitie naar verwijst (zie hierboven, paragraaf 8.7.3, het laatste citaat). De minister doelt op een wetsontwerp waarin de tekst van het huurbeding wordt voorgesteld (het latere art. 1230 (leden 1 en 3) (Oud) BW).<sup>185</sup> De toelichting op dit (toen geheel nieuwe artikel) luidt:

(..) Het gebeurt toch dikwijls, dat verhypothekerde perceelen, door den eigenaar en na het leggen van het verband, voor vele jaren worden verhuurd of verpacht, of wel de huur- of pachtpenningen voor eene reeks van jaren worden vooruit genoten. Hierdoor verliest het pand natuurlijk veel van deszelfs waarde, terwijl de schuldenaar daardoor voordeelen trekt, waarvan hij den schuldeischer berooft. Ten einde dit te voorkomen, strekt het voorgesteld artikel; (..)<sup>186</sup>

### 8.7.6. Conclusie

De toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek' lijkt teruggevoerd te moeten worden op het belang van de huurder om niet geconfronteerd te worden met een plotselinge executie van het gehuurde. In enkele korte en summier gemotiveerde overwegingen maakt de regering deze rechtspolitieke keuze (reagerend op een voorstel uit het parlement om de huur te doen ophouden bij hypothecaire executie). Een meer 'feitelijke' oorzaak lijkt gelegen te zijn in de omstandigheid, dat de beraadslagingen omtrent het latere art. 7A:1612 BW alle gericht zijn op het geval, waarin het de verhuurder zélf is die verkoopt (eigendomsoverdracht-na-huur). De situatie 'huur-na-hypotheek' is als het ware begrepen geacht in de discussie. In de beraadslagingen rond art. 3:264 BW komt die situatie meer expliciet aan de orde, maar enige rechtssystematische verklaring of grondslag voor de ruime werking van art. 7A:1612 BW is ook daaruit niet af te leiden. Het huurbeding is, zoals eerder werd opgemerkt,

<sup>183</sup>Zie bijvoorbeeld de discussie rond het hieronder nader te bespreken 16e vraagpunt (luidende: kan het huurcontract door de koper worden vernietigd indien een onroerend goed ten gevolge van insolventie van de eigenaar is vervreemd?), Hand. II 1823-1824 (Bijl.), p. 257-258, 260, 261; *idem* (Versl.), p. 35; Hand. II 1824-1825 (Bijl.), p. 227; *idem* (Versl.), p. 218. Vgl. voorts Voorduin V, p. 220-228.

<sup>184</sup>Hand. II 1823-1824 (Bijl.), p. 261. Zie voorts de fragmenten, hierboven, in par. 8.7.3 weergegeven.

<sup>185</sup>Hand. II 1832-1833 (Bijl.), p. 586. Vgl. ook Asser (1838), par. 648, en Voorduin V, p. 223: aan het verlangen, hypothecaire schuldeisers te waarborgen tegen vooruitbetaling van huren, '(..) is bij het tegenwoordig worden van art.1230 voldaan.'

<sup>186</sup>Hand. II 1832-1833 (Bijl.), p. 590.

## EEN RECHTSHISTORISCHE VERKLARING?

het uitgangspunt in het denken en daarmee wordt de hypotheekhouder geacht in beginsel een verhuuring die wordt aangegaan nádat zijn hypotheekrecht is gevestigd, te moeten respecteren.

Het feit dat op deze wijze twee wezenlijk en rechtssystematisch verschillende werelden tot elkaar veroordeeld werden met alle gevolgen van dien (zie de hoofdstukken 2 tot en met 7), lijkt de wetgever zich niet te hebben gerealiseerd. Of er gesproken kan worden van een principiële en vooral: een weloverwogen keuze voor toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek', is (dan ook) zeer twijfelachtig. Intussen kan een recente en als principieel bedoelde uitspraak van de wetgever van het Ontwerp BW (art. 7:226 en 7:227) ook niet als rechtvaardiging van of verklaring voor de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW dienen (zie hiervoor, hoofdstuk 7).

### 8.8. Conclusie hoofdstuk 8

De rechtshistorie rond het adagium 'koop breekt (geen) huur' biedt nauwelijks of niet een rechtvaardiging voor een zó ruime bescherming van de huurder, dat deze zijn huurrecht ook zou kunnen inroepen tegen een *eerder*, reeds bestaand hypotheekrecht.

Gesteld kan slechts worden, dat in de loop der eeuwen in de diverse rechtsstelsels is getracht om de - in beginsel zwakke - rechtspositie van de huurder te verbeteren ten opzichte van de eigenaar/verhuurder en diens eventuele rechtsopvolger onder bijzondere titel. De gevonden oplossingen variëren sterk, zowel naar de omvang van de bescherming die aan de huurder geboden werd als naar de aard van de gevonden oplossing. De omvang van de bescherming nam toe of af, evenredig aan de mate waarin aan het recht van de huurder meer of minder 'derdenwerking' toekwam. Voorbeelden van - qua aard verschillende - oplossingen zijn de hypotheekconstructie van Bartolus, het 'onechte derdenbeding' van C. 4.65.9, maar ook: art. 7A:1612 BW.

In alle besproken gevallen echter waarin getracht is de rechtspositie van de huurder te verbeteren, betreft het een versterking jegens een *latere koper/eigenaar* van het verhuurde goed. Uit de rechtsverhouding huurder - latere koper/eigenaar laat zich echter moeilijk een regel afleiden voor de verhouding huurder - *eerdere hypotheekhouder*. Ook wanneer een enkele maal wordt betoogd, dat de huurder zich kan handhaven in het genot van de gehuurde zaak (bijvoorbeeld door de Glossator Hugolinus, zie paragraaf 8.6.1), duidt dit 'handhaven' er op, dat het gaat om bescherming van een bestaand huurrecht tegen *latere* rechten van derden. Bescherming jegens een *eerder* recht komt in de betogen niet voor.

De achtergrond of ratio van art. 7A:1612 BW is bovendien vooral te omschrijven als de neerslag van een maatschappelijk gevoelen dat in verschillende rechtsstelsels geleefd heeft en nog leeft, namelijk: bescherming van de huurder wegens diens niet zeer sterke rechtspositie. Opmerkelijk daarbij is niet alleen, dat die zwakke rechtspositie eigenlijk in elk van de onderzochte rechtsstelsels (het Romeinse, inheemse en oud-Vaderlandse) op enigerlei wijze aan de huurder wordt toegedacht, maar ook dat die rechtspositie niet noodzakelijkerwijs voortvloeit uit een juridische/dogmatische indeling zoals die in goederen- en verbintenissenrecht. De vraag echter of, en zo ja, in hoeverre, het bedoelde maatschappelijke gevoelen is aan te wijzen als verklaring voor de ruime werking van art. 7A:1612 BW jegens een *eerdere* hypotheekhouder, is vanuit de rechts-geschiedenis niet te beantwoorden.

De beide vorenstaande constateringën kennen één, summier, uitzondering: de parlementaire beraadslagingen rond het oorspronkelijke huurbedingartikel (1230 (Oud) BW). In twee

opmerkingen vanuit de Tweede Kamer lijkt namelijk de kennelijke inroepbaarheid van een huurrecht tegen een reeds bestaand hypotheekrecht aan de orde gesteld te worden, en met enige goede wil zou in de (zeer korte) antwoorden van de regering het 'maatschappelijke gevoelens' gelezen kunnen worden ter verklaring van de ruime werking van art. 7A:1612 BW jegens de eerdere hypotheekhouder. Uit de opmerkingen is echter niet op te maken of beoogd werd een pragmatische oplossing te geven voor bestaande problemen in de situatie 'huur-na-hypotheek', dan wel een principiële en rechtssystematische gedachtenwisseling teweeg te brengen. Uit het regeringsantwoord blijkt voorts op generlei wijze van een principiële keuze of rechtssystematische verantwoording voor de werking van een huurrecht tegen een eerder hypotheekrecht.

Van een uitdrukkelijke keuze of verantwoording, ditmaal bij de beraadslagingen rond art. 7A:1612 BW, blijkt evenmin ten aanzien van de mogelijke veronderstelling dat de zogenaamde mandaatsleer de verklaring zou zijn voor de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. De aanname dat die leer impliciet maar welbewust toepasselijk geacht zou zijn op de regel 'koop breekt geen huur', zou niet stroken of zelfs tegenstrijdig zijn met de belangrijke rol die het '16e vraagpunt' in de parlementaire beraadslagingen heeft gespeeld. In dit vraagpunt werd gezocht naar een mogelijkheid om de koper, die bij een executie impliciet óók gebonden werd geacht aan een huurrecht dat ná de hypotheekvestiging was verleend, de huurovereenkomst te laten vernietigen. Enige verwijzing in de parlementaire discussie naar de rol van de mandaatsleer als oorzaak van het '16e vraagpunt', zou dan toch voor de hand hebben gelegen.

Vooralsnog kan de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, die de verwarring en de onduidelijkheden rond het huurbeding van art. 3:264 BW veroorzaakt, dan ook niet voorzien worden van een afdoende rechtvaardiging.

## 9. Een rechtssystematische verklaring voor de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW?

### 9.1. Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk bleek dat in de rechtshistorie van art. 7A:1612 BW niet een sluitende en voldoende verklaring gevonden kan worden voor de bescherming die een huurder naar huidige opvattingen geniet jegens een *eerder*, reeds bestaand hypotheekrecht. Bezien moet daarom worden of die ruime uitleg van art. 7A:1612 BW kan worden teruggevoerd op enige rechtssystematische redenering of theorie die in de laatste anderhalve eeuw (globaal aangeduid) omtrent dit artikel ten beste is gegeven. In deze periode namelijk heeft het aan leerstellingen over dit onderwerp niet ontbroken. Abas<sup>1</sup> spreekt terecht van de invloed van

‘(.) nu eens zuiver logische redeneringen, dan weer overwegingen van praktische aard (..)’<sup>2</sup>

Opgemerkt moet daarbij worden dat de literatuur sinds de totstandkoming van art. 7A:1612 BW in 1838 zich (begrijpelijkerwijze) vooral richt op de verklaring en uitleg van dit artikel en niet zozeer op ingenomen uitgangspunten in het rechtssysteem of op de codificatiegeschiedenis van het artikel. Anders gezegd: de logische redeneringen en overwegingen van praktische aard zijn vaak expliciet aanwezig in beschouwingen over art. 7A:1612 BW, maar de echte grondslagen blijven veelal verborgen. Voor zover op die grondslagen een beroep wordt gedaan ter beargumentering van een bepaalde interpretatie van het artikel (wetshistorisch of teleologisch), hebben zij bovendien vooral een verklarende functie. (In de beschouwingen uit (of over) de periode vóór 1838 spelen de grondslagen overigens wél een meer expliciete en constitutieve rol (zie hierboven, hoofdstuk 8). Een verklaring hiervoor is mogelijk, dat de wisselende pogingen tot huurdersbescherming in de verschillende rechtssystemen dwongen tot explicitering en vergelijking van de theoretische uitgangspunten, die immers werden ingenomen om tot die verbeterde rechtspositie van de huurder te komen).

Een voorbeeld van de min of meer impliciete aanwezigheid van grondslagen in de rechtsleer omtrent art. 7A:1612 BW is, dat de uiteenlopende verklaringen van het artikel vrijwel alle uitkomen (of beginnen) bij de algemene beginselen omtrent eigendom en verbintenis of, concreter, de tegenstelling tussen goederenrechtelijk en verbintenisrechtelijk recht. Vooral wordt echter gepoogd om de strekking van art. 7A:1612 BW en daarmee het artikel zelf te plaatsen in het rechtssysteem, één en ander aan de hand van een omschrijving van de rechtspositie van eigenaar, huurder en koper. De rechtspositie van een hypotheekhouder blijft merkwaardig genoeg veelal tamelijk onderbelicht.

In dit negende hoofdstuk zal getracht worden de grondslagen van de theorieën en verklaringen bloot te leggen, zulks met de volgende doelstelling. In de eerste plaats: kunnen vaststellen welke de uitgangspunten van redeneren zijn en in hoeverre deze van invloed zijn, kunnen zijn of behoren te zijn op de problematiek rond art. 7A:1612 BW. In de tweede plaats: toepassing van de gevonden grondslagen op de situatie ‘huur-na-hypotheek’, in welke situatie een hypotheekhouder te maken krijgt met een na de hypotheekvestiging aangegane huur.

---

<sup>1</sup>Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 88.

<sup>2</sup>Zie voor een kort overzicht van enkele van dergelijke standpunten ook Verbintenissenrecht (E.B. Rank-Berenschot), Art. 249-257.Alg., aant. 80.3.



## EEN RECHTSSYSTEMATISCHE VERKLARING?

Achtereenvolgens komen aan de orde: een contractsovergang van rechtswege (9.2); 'une espèce de réalité' (9.3); de 'nemo plus'-regel en de indeling in goederen- en verbintenissenrecht (9.4); art. 1354 (Oud) BW, kwalitatieve rechten (9.5); het huurrecht als kwalitatief of als goederenrechtelijk recht (inschrijving van het huurrecht) (9.6); een beginsel van Oud-Hollands recht (9.7); een verbintenis uit de wet (9.8); verplichtingen van de verhuurder/biljkheid/onecht derdenbeding (9.9); de bedoeling van de wetgever (9.10); opportuniteit en biljkheid (9.11); tweeslachtigheid van het huurrecht, betameljkheid, vertrouwen, kenbaarheid (9.12); verhuur is beheer (9.13); een gesplitste werking van art. 7A:1612 BW (9.14); art. 7A:1612 BW betreft slechts rechtsgeldig aangegane huurovereenkomsten (9.15); annexatie van de huurvordering (9.16); art. 7A:1612 BW doet verhuren gelijkstaan met de vestiging van een beperkt recht (9.17).

De probleemstelling in het onderstaande is telkens: een eigenaar heeft zijn goed verhuurd (en het genot daarvan al of niet reeds aan de huurder afgestaan), en verkoopt en levert dit goed aan een derde.

De situatie 'huur-na-hypotheek' en de mogelijke bestaansredenen voor een huurbeding (art. 1230 Oud BW/art. 3:264 BW) zullen óf tegelijk met art. 7A:1612 BW besproken worden óf afzonderlijk, aan het slot van iedere paragraaf aan de hand van de dan besproken benadering. Daarbij zal er in beginsel steeds van worden uitgegaan, dat de hypotheekhouder het verbodene verkoopt krachtens een eigen recht (de executieleer). In enkele gevallen is een beeld geschetst van de situatie die zou ontstaan wanneer de (verlaten) mandaatsleer zou worden aangehangen.

Besloten wordt met een conclusie (9.18).

## 9.2. Contractsovergang?

### 9.2.1. Art. 7A:1612 BW (art. 7:226 Ontwerp BW) bewerkstelligt een contractsovergang van rechtswege

Voor het huidige en het oude BW wordt (en werd) door meer dan één schrijver gesproken van een contractsovergang van rechtswege, ofwel een overgang ingevolge art. 7A:1612 BW. Zo bijvoorbeeld door Rutten en Hartkamp in hun respectieve bewerkingen van de Asser-serie.<sup>3</sup> Deze auteurs nemen tot uitgangspunt het beginsel, dat overeenkomsten alleen verbintenissen vestigen tussen de partijen die haar aangingen. Dit beginsel lag in het oude BW ten grondslag aan de artikelen 1351-1354 en 1376. In het huidige BW ligt het ten grondslag aan de artikelen 6:248-257.<sup>4</sup> Art. 7A:1612 BW is, zo stellen Rutten en Hartkamp, op dit beginsel een uitzondering:

'in enkele gevallen gaan contractuele rechten en plichten van rechtswege over op de verkrijger onder bijzondere titel van een goed. De meest voorkomende dezer uitzonderingen is wel de overgang van de

---

<sup>3</sup>Vgl. Asser-Rutten II (1982), p. 275; Asser-Hartkamp 4-II (1997), nr. 378, 396. In dezelfde zin ook H.J. Snijders, BW-krant Jaarboek 1992, p. 17-30.

<sup>4</sup>Vgl. Asser-Rutten II (1982), p. 275; Asser-Hartkamp 4-II (1997), nr. 378.

rechten en plichten, uit het huurcontract voortvloeiende, op de koper van de gehuurde zaak: art. 1612.<sup>5 6</sup>

---

<sup>5</sup>Asser-Hartkamp 4-II (1997), nr. 384; Asser-Rutten II (1982), p. 281. Op deze plaatsen worden ook andere vormen van wettelijke overgang van contractuele rechten en verplichtingen genoemd. Zo bijvoorbeeld de art. 3:217 en 5:94, en in het huurrecht, de art. 7A:1623g-i en 7A:1635. In dezelfde zin bijv. ook Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 90, alwaar ook wordt aangegeven dat ook de Hoge Raad, ondanks enkele andersluidende uitspraken, art. 7A:1612 als uitzondering op het beginsel ziet.

<sup>6</sup>Dullemond, diss. (1920), p. 160-162, bestreed reeds deze benadering, omdat het eerste lid van art. 1376 (Oud) BW niet verwees naar wettelijke uitzonderingen op de regel, in het eerste lid neergelegd. Het tweede lid van dit artikel kende wel een dergelijke clause. Omtrent o.a. de artikelen 7A:1612 BW en 1230 Oud BW schreef Dullemond dan ook: 'De belangen in deze artikelen voergestaan, waren hem (de wetgever, RW) meer waard, dan de handhaving van het dogma, elders door hem verkondigd.'

## EEN RECHTSSYSTEMATISCHE VERKLARING?

Ook de wetgever van het Ontwerp BW duidt de werking van art. 7:226, het nieuwe art. 7A:1612 BW, aan als een contractsovergang<sup>7</sup>:

‘Volgens artikel 1612 wordt door de verkoop de huur niet verbroken. Betekent dit slechts dat de verkrijger de huur moet eerbiedigen in die voege dat hij moet toelaten dat de huurder overeenkomstig de huurovereenkomst het gehuurde blijft gebruiken, of volgt de verkrijger de verhuurder op als partij bij de huurovereenkomst? Het is sinds het arrest van 5 december 1896, W. 6882, vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat de verkrijger in plaats van de vervreemder partij bij de overeenkomst wordt (°). In overeenstemming hiermee doet het ontwerp de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst overgaan op de verkrijger (°).’

De verkrijger wordt partij bij de huurovereenkomst<sup>10</sup>, hij komt in de plaats van de vervreemder, ‘de’ rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst gaan over op de verkrijger: het lijken alle juridisch heldere mededelingen die neerkomen op een wisseling in het subject dat met het verhuurderschap is bekleed. Voor de huurder verandert er niets, zo lijkt het. Toch grijpt de wetgever van het Ontwerp BW met het weergegeven fragment niet terug op het daarin genoemde arrest van 1896. Wel is het zo, dat de uitspraak van de Hoge Raad van 1896 de eerste in een reeks van drie was, waarin de contractsovergang, in de zin van een wisseling van het subject van de verhuurder in een overigens gelijkblijvende rechtsverhouding verhuurder-huurder, werd verwoord.<sup>11</sup> In het arrest van 1896 besliste de Hoge Raad

‘(.), dat artikel 1612 in dien zin moet worden opgevat, dat door verkoop van het verhuurde, tenzij het tegendeel bedongen is, de rechten en verplichtingen des verhuurders van rechtswege op den koper overgaan, evenals of deze onder algemeenen titel aan den koper opvolgde<sup>12</sup>’.

Maar het is niet aannemelijk dat de wetgever van het Ontwerp-BW bij de plaatsing van art. 7:226 Ontwerp BW doelt op een dergelijke overgang ‘als onder algemene titel’. Reeds in 1908<sup>13</sup> week de Hoge Raad namelijk al weer af, in beperkende zin, van de sinds 1896 aange-

<sup>7</sup>TK 26 089, nr. 3 (MvT), p. 35, verwijzende naar Toelichting Boek 7, titel 7.4.4., p. 939 onder 3, waar het navolgende fragment aan is ontleend.

<sup>8</sup>Noot 87 op p. 939: ‘Zie laatstelijk H.R. 4 december 1953, N.J. 1954 no. 210.’ Men vergelijk het overzicht van deze vaste rechtspraak sinds 1896 bij Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 89.

<sup>9</sup>Noot 88 op p. 939: ‘Aldus uitdrukkelijk ook: Duitsland 571, Italië 1602, Griekenland 614. Hetzelfde wordt ook met betrekking tot artikel 1743 Cc. aangenomen, hoewel dit artikel slechts zegt dat de verkrijger de huurder niet tot ontruiming kan dwingen: Planiol-Ripert no. 648.’

<sup>10</sup>Zie over de vraag, of tussen koper en huurder met de eigendomsovergang een rechtsband ontstaat, o.a. J. Kappeyne van de Coppello, Themis 1884, p. 74-95; Dullemond, diss., p. 162; N. de Beneditty, WPNR 2442-2444 (1916), resp. p. 497-501, 509-511 en 517-519; WPNR 2839 (1924), p. 269-271 en WPNR 3553-3554 (1938), p. 49-52 en 69-71; Eggens, De retentor en art. 2014 B.W., VPO I, p. 295-309; Verbintenisrecht (E.B. Rank-Berenschot), Art. 249-257.Alg., aant. 80.2.

<sup>11</sup>HR 5 november 1896, W. 6882; HR 5 maart 1897, WPNR 1442 (1897); HR 20 april 1906, W. 8368.

<sup>12</sup>Arrest Hoge Raad, laatste alinea.

<sup>13</sup>HR 13 november 1908, W. 8764. Zie over deze ontwikkeling sinds 1896 de bespreking door De Beneditty, hierboven, bij noot 10 aangehaald.

houden lijn. Sinds dit arrest van 1908 (tot op de dag van heden) is het vooral de vraag, *in hoeverre* de nieuwe eigenaar partij wordt bij de huurovereenkomst die werd gesloten door zijn rechtsvoorganger. Telkens dient te worden uitgemaakt, *welke* rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst van rechtswege op de koper overgaan.<sup>14</sup> In het Ontwerp worden hieromtrent dan ook nadere criteria gegeven (bijvoorbeeld: de overgang van het huurcontract vindt eerst plaats met de eigendomsoverdracht, art. 7:226, dus slechts die rechten en plichten die ná het tijdstip van de overdracht opeisbaar worden, gaan over; slechts die bedingen, die rechtstreeks met de huur verband houden, gaan over op de verkrijger<sup>15</sup>).

Gesteld moet (dan ook) worden, dat de duiding door de wetgever van het Ontwerp-BW van de werking van art. 7:226 als een contractsovergang slechts in beperkte mate helderheid schept. Uitgesproken wordt, dát er een rechtsband tussen de koper en de huurder tot stand komt: 'art. 7A:1612 BW' knoopt aan de eigendomsovergang, zijnde een rechtsbetrekking tussen verkoper/verhuurder en koper, het ontstaan van een rechtsbetrekking vast tussen koper en huurder. De inhoud van die laatste rechtsbetrekking vergt de nodige afbakeningsproblemen. Voorts wordt duidelijk gesteld, dat art. 7A:1612 BW een uitzondering vormt op het beginsel dat overeenkomsten alleen werking hebben tussen de contracterende partijen (art. 1376 (Oud) BW).<sup>16</sup>

De theoretische duiding of verklaring van de artikelen 7A:1612 BW en 7:226 Ontwerp BW is daarmee kort en duidelijk: zij bewerkstelligen een contractsovergang van rechtswege. De grondslag van de contractsovergang daarentegen is niet bijster theoretisch: het is de wetgever die aan de artikelen deze werking geeft.

### 9.2.2. De situatie 'huur-na-hypotheek'

---

<sup>14</sup>Zie over deze uitgebreide problematiek bijvoorbeeld Toelichting Boek 7, p. 939-944; H.J. Snijders, BW-krant Jaarboek 1992, p. 17-30; Verbintenissenrecht (E.B. Rank-Berenschot), Art. 249-257. Alg., aant. 80.2 en 80.5; Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 95 e.v..

<sup>15</sup>Aldus uitdrukkelijk art. 7:226 lid 3 Ontwerp BW; vgl. TK 26 089, nrs. 1-2, p. 6 (KB en Voorstel van Wet), TK 26 089, nr. 3, p. 35 (MvT) en TK 26 089, nr. 6, p. 30 sub b; Toelichting Boek 7 (ad art. 7.4.4.1 OM), p. 939-944.

<sup>16</sup>Zie hierna, noot 23.

De algemeen veronderstelde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypothec' kan niet verklaard worden vanuit de benadering van art. 7A:1612 BW door de wetgever van dat artikel. Hetzelfde geldt voor het komende recht. Weliswaar spreekt de wetgever van art. 7:226 lid 2 Ontwerp BW van een 'principiële hoofdregel' - overdracht van het verhuurde door een schuldeiser van de verhuurder wordt gelijkgesteld met een overdracht door de verhuurder zelf<sup>17</sup> -, maar dit levert slechts een constatering van de kennelijke toepasselijkheid op de situatie 'huur-na-hypothec' op, geen verklaring daarvan.

Met art. 7:226 lid 2 Ontwerp BW veronderstelt de wetgever van het komende recht óók in de situatie 'huur-na-hypothec' een contractsovergang van rechtswege: indien de hypotheekhouder executeert, moet hij in beginsel een *later* verleend huurrecht tegen zich laten gelden. De nieuwe eigenaar wordt partij bij de huurovereenkomst die werd gesloten door zijn rechtsvoorganger, óók wanneer de nieuwe eigenaar het goed krachtens een executieverkoop verkreeg. Het moment van executie is daarmee beslissend voor de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW (art. 7:226 Ontwerp BW), niet het moment van hypotheekvestiging; het feit dat er eerst *na* die hypotheekvestiging werd verhuurd, is kennelijk irrelevant.

Het behoeft geen betoog, dat een hypotheekhouder die wordt geconfronteerd met een dergelijke 'interpretatie' van art. 7A:1612 BW of met een - in dit opzicht - duidelijke bepaling (art. 7:226 lid 2 Ontwerp BW), behoefte zal hebben aan een huurbeding<sup>18</sup>, om de 'onaantastbaarheid'<sup>19</sup> van zijn hypotheekrecht in stand te houden. De wetgever van art. 7:226 Ontwerp BW stelt intussen recentelijk kortweg vast, dat art. 3:264 BW in het wetsvoorstel niet opnieuw aan de orde wordt gesteld.<sup>20</sup> Daarbij lijkt de wetgever zich te baseren op de redenering, dat verhuur een normale wijze van exploitatie van de onroerende zaak inhoudt. Dit is echter een benadering waarin een grote innerlijke inconsistentie verborgen ligt; zie hierna, par. 9.13).

### 9.3. Opzoomer

#### 9.3.1. 'Une espèce de réalité'

Opzoomer zoekt de verklaring voor art. 7A:1612 BW in het toekennen aan de huurder van 'une espèce de réalité'.<sup>21</sup> Deze houdt het volgende in:

'L'acheteur est tenu de respecter le bail, tandis que, dans l'ancien droit, il pouvait expulser le preneur.'<sup>22</sup>

Aan deze benadering ligt ten grondslag het oordeel, dat de Franse wetgever bij de formulering van art. 1743 CC, de 'voorganger' van art. 7A:1612 BW, niet aan het persoonlijke karakter van

<sup>17</sup>Zie hoofdstuk 1, par. 1.2.4.

<sup>18</sup>Zie in deze zin A.A. Van Velten, WPNR 5941 (1989), p. 768 m.k..

<sup>19</sup>Vgl. Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 255: '(..), behoudens de onaantastbaarheid van het eenmaal gevestigde recht van de hypotheekhouder (..)'.  
<sup>20</sup>TK 26 089, nr. 6, p. 32 (zie ook p. 29 en 34). Zie ook hiervoor, hoofdstuk 7.

<sup>21</sup>Opzoomer VII, ad. art. 1612 BW, p. 349-368. Zie voor een soortgelijke benadering Hugo De Groot, Inleid. II, 44,9, en de door Opzoomer op p. 360-361 genoemde Franse schrijvers.

<sup>22</sup>A.w., p. 360-361.

het huurdersrecht heeft willen tornen.<sup>23</sup> Het artikel was slechts gericht op het specifieke belangenconflict tussen de koper van een verhuurd goed en de huurder van dat goed. Dit conflict diende opgelost te worden in het algemene belang, maar ook in het persoonlijke (kopers- en huurders-) belang. Niet werd beoogd een beginselmatige verandering door te voeren in die zin, dat aan de huurder een goederenrechtelijk recht werd toegekend met alle kenmerken daarvan (bijv. tegenwerpbaarheid aan iedere derde, niet alleen aan de opvolger onder bijzondere titel (*droit de suite*)). De Franse wetgever handhaafde de huurder in zijn genot ondanks eigendoms-overdracht van het gehuurde, omdat het zijn (de wetgever) wil was. Hij legde op de koper, en niet op iedere derde, de persoonlijke verplichting van de verhuurder/verkoper om de huurder in zijn genot te handhaven.

Ook Opzoomer wil niet tornen aan het persoonlijke karakter van het huurrecht. Het beginsel, neergelegd in art. 7A:1612 lid 1 BW is weliswaar vreemd aan dat persoonlijke karakter, maar verleent toch op gronden van nut en billijkheid (*l'équité*) bescherming aan de huurder tegen ontruiming door de koper van het gehuurde. De koper komt in dezelfde betrekking tot de huurder te staan als de verhuurder stond, alsof hij, de koper, van de verhuurder niet de '*successor singularis*', maar de '*successor universalis*' is. Binnen de huurverhouding vindt alleen een wijziging in subject plaats: de koper treedt in de plaats van de verhuurder; overigens verandert er voor de huurder niets. Het resultaat dat met de bepaling is beoogd, kan in deze specifieke situatie op twee wijzen worden verklaard, aldus Opzoomer. In de eerste plaats door de bescherming die de huurder toekomt te vergelijken met de werking jegens derden van een zakelijk recht. In de tweede plaats door de situatie vanuit het standpunt van de verhuurder te beredeneren: alsdan dringt de vergelijking zich op met een opvolging door de koper onder algemene titel. Praktisch maakt het echter geen verschil, aldus Opzoomer, daarmee aansluitend bij de verklaring in de Franse literatuur omtrent art. 1743 CC: de wetgever beoogde een bepaald resultaat te bereiken, en niet een beginselmatige wijziging te bewerkstelligen. Het komt uiteindelijk neer, van welke theoretische kant men art. 7A:1612 BW ook benadert, op een aan de huurder toegekende '*espèce de réalité*'.<sup>24</sup>

Opzoomer komt tot zijn beginselmatige opvatting naar aanleiding van een onderzoek naar de strekking van art. 7A:1612 BW. Hij vangt zijn onderzoek aan bij het Romeinse recht en concludeert, dat de oude rechtsspreuk 'koop breekt huur' het onontkoombare resultaat moet zijn van de door de Romeinen gehanteerde 'algemeene rechtsbeginselen omtrent eigendom en verbintenis, omtrent zakelijk en persoonlijk recht'.<sup>25</sup> Aan de verplichting uit de huurovereenkomst tot verschaffing van het rustige huurgenot kan de verhuurder zich door verkoop van het verhuurde niet onttrekken. De koper heeft, wanneer hij eigenaar van het goed is geworden, als zodanig niets met de huurder te maken. Hij staat buiten de eerdere huurovereenkomst, deze kan op hem in geen enkel opzicht van invloed zijn. Bovendien kan hij als eigenaar vorderen dat de huurder het goed zal ontruimen.

De onverenigbaarheid van deze beginselmatige benadering op grond van het *nemo plus*-beginsel leidt ertoe, dat Opzoomer dat beginsel bestrijdt (zie hierna, paragraaf 9.4). Evenmin deelt hij de bestrijding van het 'koop breekt huur' op grond van de billijkheid.<sup>26</sup>

<sup>23</sup>Zie hiervoor, hoofdstuk 8, par. 8.7.2 en 8.7.3.

<sup>24</sup>P. 366-368. Vgl. ook C. Enschedé, diss., p. 38, stellende dat art. 1612 BW een toepassing is van art. 1354 BW.

<sup>25</sup>P. 349-352.

<sup>26</sup>Vgl. Nelissen, diss., p. 9, sprekende van de onbillijkheid jegens de huurder, geconfronteerd te worden met ontruiming ten gevolge van een vrijwillige handeling door de verhuurder, juist degene die gehouden is het rustige huurgenot te

## EEN RECHTSSYSTEMATISCHE VERKLARING?

Opzoomer benadrukt het beginselmatige, persoonlijke karakter van het huurrecht: wel heeft de huurder een recht op de zaak, maar dit kan niet zijn een zakelijk recht in de zin van tegengesteld aan een persoonlijk recht:

‘is een persoonlijk recht u te onbeduidend, verschaft u een zakelijk recht. Maar moet daarom de grens worden uitgewischt, die het persoonlijk recht van het zakelijk recht scheidt?’<sup>27</sup>

Het is beter van het huurrecht een zakelijk recht te maken of er een karaktertrek van een zakelijk recht aan te geven, wanneer huur als persoonlijk recht onverstandig, onvoldoende of gebrekkig lijkt. Beter dan te beweren, dat wie de ‘strengere obligatieleer’ toepassen, de billijkheid of het recht miskennen.<sup>28</sup>

De verklaring van Opzoomer van art. 7A:1612 BW als ‘une espèce de réalité’, een goederenrechtelijk trekje dat op gronden van nut, maatschappelijk en privé-belang is toegekend aan een op zich persoonlijk huurrecht, wordt overigens niet doorkruist door een afwijkende opvatting van de Nederlandse wetgever. Zoals hiervoor reeds ter sprake kwam, is bij de voordracht van de huidige tekst van art. 7A:1612 BW in 1833 geen bijzondere aandacht besteed aan de strekking van het artikel.<sup>29</sup>

Tegen een dergelijke ‘espèce de réalité’ is het onderscheid tussen goederen- en verbintenissenrecht in stelling te brengen: de verlening van een huurrecht is immers niet een daad van vervreemding, de huurder verkrijgt geen goederenrechtelijke bevoegdheden en kan zich niet als een zodanig gerechtigde in het gehuurde handhaven.<sup>30</sup> Men zou zich zelfs kunnen afvragen of het huurrecht met een dergelijk kenmerk nog wel in de indeling in goederen- en verbintenissenrecht past, met andere woorden, of het zich niet onttrekt aan die indeling, omdat niet meer gesproken zou kunnen worden van een ‘goederenrechtelijk’ trekje. Volstaan zou ook kunnen worden dit kenmerk aan te duiden als zijnde ingelast door de wetgever, op rechtspolitieke gronden, zonder uitdrukkelijk bedoelde inpassingsmogelijkheden in het onderscheid goederen-verbintenissenrecht.<sup>31</sup>

### 9.3.2. De situatie ‘huur-na-hypothek’

Ook de redenering van Opzoomer kan niet de algemeen veronderstelde toepasselijkheid, in het huidige recht, van art. 7A:1612 BW op de situatie ‘huur-na-hypothek’ onderbouwen.

Opzoomers redenering is van toepassing op de eigenlijke art. 7A:1612 BW-situatie, ‘koop-na-huur’. Voor dat geval geldt, dat art. 7A:1612 lid 1 BW weliswaar vreemd is aan het

---

waarborgen.

<sup>27</sup>P. 355.

<sup>28</sup>P. 355-356.

<sup>29</sup>Zie hoofdstuk 1, par. 1.2.2 en 1.2.3, en hoofdstuk 8, par. 8.7.3.

<sup>30</sup>Zo bijv. J. Kappeyne van de Coppello, Themis 1884, p. 88: de huurder wordt de possessoire actie (de actie van een bezitter van het goed) uitdrukkelijk geweigerd, de petitoire (de actie van een eigenaar/niet-bezitter) nergens gegeven. Vgl. over deze acties Van Oven (1945), p. 99-104.

<sup>31</sup>In deze zin zou begrepen kunnen worden de aanduiding bij Asser-Abas (HUUR) 5-II, nr. 88, van art. 7A:1612 BW als ‘een reactie tegen de strikte juridische logica gegrond op overwegingen van billijkheid en algemeen belang.’ Zie voorts hiervoor, par. 9.2.

persoonlijke karakter van het huurrecht, maar toch op gronden van nut en (toch) billijkheid (*l'équité*) bescherming verleent aan de huurder tegen ontruiming door de koper van het gehuurde. De koper komt in dezelfde betrekking tot de huurder te staan als de verhuurder stond. De koper treedt in de plaats van de verhuurder als volgde hij deze op onder algemene titel. Aan het op zich persoonlijke huurrecht wordt door art. 7A:1612 BW een 'goederenrechtelijk' trekje toegekend ('une espèce de réalité').

Uit deze redenering vloeit bepaald niet dwingend een toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypothek' voort. Weliswaar was deze situatie zeer waarschijnlijk vreemd aan de tijd waarin Opzoomer leefde, maar de 'espèce de réalité' als zodanig biedt ook weinig aanknopingspunten. Immers, indien art. 7A:1612 BW ook hier van toepassing zou zijn, zou het goederenrechtelijke trekje kennelijk een zó sterk trekje zijn geworden, dat het huurrecht in 'kracht' het goederenrecht voorbij gaat: de prioriteitsregel die geldt in het goederenrecht, zou gefrustreerd worden. De huurder zou zijn recht niet alleen kunnen inroepen tegen een jonger goederenrechtelijk recht (de koper/eigenaar), maar ook tegen een ouder goederenrechtelijk recht (de hypotheekhouder). Hierna, in 9.4 komt aan de orde dat het huurrecht om deze reden wellicht geacht zou kunnen worden onttrokken te zijn aan de indeling in goederen- en verbintenissenrecht.

De enige reden om art. 7A:1612 BW van toepassing te verklaren op de situatie 'huur-na-hypothek' zou zijn bescherming van de huurder (zie ook hierna, 9.4). In de hoofdstukken 2 tot en met 7 bleek, dat van een dergelijke toepasselijkheid sprake is in het huidige recht. De uitdrukkelijke gelijkstelling door de wetgever in art. 7:226 lid 2 Ontwerp BW van verkoop door de verhuurder met verkoop door de hypotheekhouder, wijst hier ook op. Men kan zich echter afvragen of art. 7A:1612 BW voor dit doel zó ver opgerekt dient te worden. Immers, de bescherming van de huurder wordt dan eerst bereikt door art. 7A:1612 BW ook te laten gelden voor de situatie 'huur-na-hypothek'; vervolgens moet er een huurbeding aan te pas komen om de ouder gerechtigde hypotheekhouder uitzicht te kunnen bieden op handhaving van diens rechtspositie ten tijde van de hypotheekvestiging, en tenslotte moet de huurder weer beschermd worden tegen een eventueel té overmatige uitoefening door de hypotheekhouder van de toegekende bevoegdheden (het huidige art. 3:264 BW).

Hoe dit alles zij, op een 'espèce de réalité', die bij art. 7A:1612 BW zou zijn toegekend aan het huurrecht, is de huidige regeling moeilijk terug te voeren.

## 9.4. Diephuis

### 9.4.1. Art. 1376 (Oud) BW; 'nemo plus' analoog; goederen- en verbintenissenrecht

De uitleg die Diephuis<sup>32</sup> aan art. 7A:1612 BW geeft is moeilijk te plaatsen in het systeem van het burgerlijk recht. Drie grondslagen van het vermogensrecht liggen aan zijn redenering ten grondslag, maar bieden geen verklaring daarvoor. Sterker nog, wanneer zij worden doorgeredeneerd leiden zij tot met elkaar onverenigbare gevolgen. De grondslagen zijn: art. 1376 (Oud) BW; de 'nemo plus'-regel (analoog); de indeling in goederen- en verbintenissenrecht.

<sup>32</sup>Deel XII, p. 162-165.



## EEN RECHTSSYSTEMATISCHE VERKLARING?

Diephuis gaat allereerst - impliciet - uit van het beginsel dat overeenkomsten alleen van kracht zijn tussen de handelende partijen (hierna ook te noemen: het relativiteitsbeginsel).<sup>33</sup> De huurovereenkomst kan dan alleen zien op de rechtsverhouding verhuurder-huurder. Art. 7A:1612 BW kan aan dat beginsel niet tornen, dat wil zeggen: de verhuurder moet het genot van het verhuurde aan de huurder laten. Zolang de huur duurt kan hij het gehuurde niet als eigenaar opvorderen. Door het verhuurde goed te verkopen kan hij zijn verplichtingen jegens de huurder niet op de koper overdragen; hij blijft zelf jegens de huurder tot nakoming van deze verplichtingen verbonden. De huurder staat voorts niet door een overeenkomst met de koper tot deze in een persoonlijke rechtsbetrekking. Ook tot het goed komt hij niet, zoals de koper (die eigenaar van het goed wordt), in een rechtstreekse betrekking te staan. Een middellijke rechtsbetrekking huurder-koper behoort dientengevolge ook niet tot de mogelijkheden. De huurder kan voorts van de koper geen nakoming vorderen van de verhuurders-verplichtingen. Tot deze nakoming blijft de oorspronkelijke verhuurder gehouden.

Uitgaande van het relativiteitsbeginsel beschrijft Diephuis de werking van art. 7A:1612 BW nu als volgt:

„(.), `gelijk de verhuurder den huurder het genot van het goed moet laten, en zolang de huur duurt het goed niet als eigenaar kan opvorderen, op welks bezit de huurder als zoodanig tegenover hem regt heeft, zoo geldt dit nu ook van den koper, die ten gevolge van den koop de regtverkrijgende van den verhuurder is geworden.“<sup>34</sup>

Diephuis voegt aan deze benadering toe<sup>35</sup>, dat het voor de werking van art. 7A:1612 BW geen verschil maakt of de huurder wel of niet reeds in het genot van het gehuurde is. Is de huurder nog niet in het genot van het gehuurde, dan heeft hij een vordering tot `levering' van dat genot jegens de verhuurder. Deze vordering wordt door een latere verkoop van het verhuurde niet aangetast, evenmin als de huurovereenkomst daardoor wordt aangetast. Tegen de koper (al dan niet eigenaar geworden<sup>36</sup>) kan de vordering tot verschaffing van het huurogenot echter niet worden uitgeoefend. Geen rechtsgrond kan hiertoe worden aangevoerd, aldus Diephuis,

---

<sup>33</sup>In het BW van voor 1992 was dit beginsel neergelegd in art. 1376 en 1351 (Oud BW), in het huidige recht wordt het geacht voort te vloeien uit het ongeschreven recht. Opzoomer VII, p. 355-356, spreekt van `de obligatieleer'. Zie voor het oude BW Asser-Rutten II (1982), p. 278-280, en voor het huidige BW Asser-Hartkamp 4-II (1997), nr. 378-383; TM, VV II en MvA II ad afd. 6.5.3, Parl. Gesch. Boek 6, p. 916-918. Door S.C.C.J. Kortmann, BW-krant Jaarboek 1993, p. 137-148, wordt de regel van art. 1376 (Oud) ook aangeduid als het `relativiteitsbeginsel', het beginsel van de relativiteit van overeenkomsten. Ook in buitenlandse rechtsstelsels vindt het beginsel toepassing: in het recht van Engeland en Wales wordt gesproken van het beginsel van `privity of contract', in het Franse en Belgische recht van het beginsel van de `relativité' en in het Duitse recht van het beginsel van de `Relativität'; men zie H.J. Sniijders e.a. (1996), nr. 1.2.7 (Introductie en vergelijking), de nrs. 3.2.7, 4.2.7 en 5.2.7 (J.M. Smits, respectievelijk Engels, Frans en Belgisch vermogensrecht en nr. 6.2.7 (W.L. Valk, Duits vermogensrecht).

<sup>34</sup>A.w., p. 163.

<sup>35</sup>A.w., p. 163-164.

<sup>36</sup>Wisselend spreekt Diephuis van `den koper, die ten gevolge van den koop de regtverkrijgende van den verhuurder is geworden.' (p. 163) en van `den koper' (p. 163-164).

`(.) tenzij men mogt willen en kunnen aannemen, wat intusschen onaannemelijk is<sup>37</sup>, dat de huurder door zijne overeenkomst op het goed een zakelijk regt verkrijgt, 'twelk hij kan doen gelden tegen ieder, tegen wien zulks te pas kan komen.<sup>38</sup>

In Diephuis' uitleg van art. 7A:1612 BW is slechts duidelijk, dat de huurder op grond van de huurovereenkomst enkel jegens de verhuurder aanspraken geldend kan maken. Maar dit uitgangspunt (zijnde het relativiteitsbeginsel) werkt reeds merkwaardig uit bij de opmerking, dat het voor de werking van art. 7A:1612 BW geen verschil maakt of de huurder wel of niet reeds in het genot van het gehuurde is. Moet deze opmerking aldus worden verstaan, dat art. 7A:1612 BW ook bescherming biedt aan de huurder die op het moment van de eigendomsoverdracht nog niet in het genot (`bezit') van het gehuurde is? Dit zou stroken met het doel van art. 7A:1612 BW, zijnde bescherming van een huurder tegen de onbillijke gevolgen van de indeling in goederen- en verbintenissenrecht (het oudere, persoonlijke huurrecht moet wijken voor het jongere en goederenrechtelijke eigendomsrecht). Maar toch is dat niet hetgeen Diephuis bedoelt: de `werking' van art. 7A:1612 BW ziet op het feit dat de vordering *tegen de verhuurder* - tot verschaffing van het huurgenoet - niet wordt aangetast; tegen de koper, aan wie geleverd is, kan die vordering niet uitgeoefend worden.

Een bijster onheldere uitkomst is het resultaat. Immers, de huurder heeft, om zijn vordering op de verhuurder te behouden, art. 7A:1612 BW niet nodig; zulks vloeit al voort uit het relativiteitsbeginsel. De vraag naar de inhoud van de `werking' van art. 7A:1612 BW blijft hier dan ook open. Hetzelfde geldt ten aanzien van de opmerking, dat de koper de verplichting uit de huurovereenkomst tot verschaffing van het huurgenoet niet hoeft na te komen. Wil dit zeggen, dat hij het goed in eigendom verkrijgt vrij van verplichtingen uit de huurovereenkomst? Of moet hij de huur op enige wijze gestand doen? Bij een ontkennend antwoord<sup>39</sup> op de laatste vraag kan wederom gesteld worden: dat vloeit reeds voort uit het relativiteitsbeginsel. De koper heeft met de huurovereenkomst, waar hij buiten staat, niets te maken.

Het relativiteitsbeginsel geldt echter gelijkelijk ten aanzien van de huurder: deze heeft op zijn beurt niets met de latere koopovereenkomst, waar hij geheel buiten staat, te maken. Nu komt de vraag op hoever dit beginsel doorgevoerd moet worden: geldt het alleen zolang de huurder en de koper nog als persoonlijk gerechtigden `naast' elkaar staan (de huurder heeft recht op verschaffing van het huurgenoet door de eigenaar/verhuurder, de koper heeft recht op levering van eigendom)? Of is het `uitgewerkt' zodra aan de huurder eerder het huurgenoet is verschaft? Komt er dan een rechtsbetrekking tussen de koper en de huurder tot stand? Moet de koper het huurrecht dan wél respecteren? Zo ja, op grond waarvan? Het `bezit' van de huurder; art. 7A:1612 BW? Hierboven werd al aangegeven dat in Diephuis' opvatting een

---

<sup>37</sup>Diephuis geeft op p. 165, noot 1, twee werken aan, waarin wordt betoogd dat de huurder wél een zakelijk recht heeft: Vragen van Ned. Regt, II, p. 92 e.v., vooral p. 94 e.v., en Laurent, XXV, no. 392. Zie ook uitgebreid Enschedé, diss., hoofdstuk I. Ook meer recentelijk is een (ver)zakelijk(t) huurrecht verdedigd, zie onder meer Van Berckel, diss., p. 141; A.J.H. Pleysier, WPNR 5395 (1977), p. 392. Zie ook hiervoor, hoofdstuk 1, noot 39. Vgl. ook Hand. II 1928-1929 (Bijl.), 437.3 (MvT), p. 10-11, waarin aan de pachter een zakelijk recht wordt toegedacht, en Hand. II 1930-1931 (Bijl.), 31.1 (MvA), p. 3-4, waarin deze gedachte weer wordt teruggenomen.

<sup>38</sup>A.w., p. 164-165.

<sup>39</sup>In deze ontkennende zin legt Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 94, de opvatting van Diephuis uit: de koper behoeft de huur niet gestand te doen.

## EEN RECHTSSYSTEMATISCHE VERKLARING?

rechtsbetrekking tussen de huurder en de koper niet snel aangenomen zal kunnen worden, noch op grond van het beginsel van art. 1376 (Oud) BW, noch op grond van art. 7A:1612 BW.

Blijven vorenstaande vragen onbeantwoord, tot helderheid over de werking van art. 7A:1612 BW leidt ook niet Diephuis' opvatting, dat het huurrecht een zeker 'bezit' aan de huurder zou verschaffen. Diephuis karakteriseert het huurrecht als een persoonlijk recht<sup>40</sup>, maar betoogt tevens, dat aan de huurder met de verlening van het huurrecht een zeker 'bezit' (het genot) van het goed is toegekend; dit 'bezit' kan hij niet alleen aan de verhuurder, maar ook aan diens rechtsopvolger onder bijzondere titel tegenwerpen. Deze redenering moet als een analoge toepassing van het 'nemo plus'-beginsel geduid worden. Voor een rechtstreekse toepassing van het beginsel ziet Diephuis geen ruimte

'(..), omdat dit meer bepaaldelijk op zakelijke regten en de gesteldheid daarvan ziet. Maar wat een huurder aan zijnen verhuurder zou kunnen tegenwerpen, wanneer deze zelf tegen hem eene vordering instelde, die slechts ontvankelijk zijn zou, wanneer de huur niet bestond, dat zal hij ook kunnen inroepen tegen eenen regtverkrijgende van dien verhuurder, nu door den koop de huur niet gebroken is.'<sup>41</sup>

Welke betekenis moet voor de uitleg van art. 7A:1612 BW worden toegekend aan het 'bestaan van de huur' waar dit fragment op doelt? Is het huurrecht als zodanig tegenwerpbaar aan de verhuurder en diens rechtsverkrijger, of moet de nadruk toch liggen op het 'bezit' van de huurder, zoals Diephuis (ook) betoogt? Zou het huurrecht gedurende de huurtijd geëerbiedigd moeten worden en zou verkoop van het verhuurde daaraan niets kunnen wijzigen, dan zou de huurder zijn recht op het door hem gehuurde ook aan de - eigenaar geworden - koper kunnen tegenwerpen, óók wanneer hij het genot ('bezit') van het gehuurde nog niet zou hebben verkregen. De verhuurder-eigenaar zou in feite aan de koper overdragen: eigendom verminderd met een recht van huur. Het huurrecht zou op deze wijze een zekere derdenwerking hebben als ware het een soort beperkt (zakelijk) recht. Art. 7A:1612 BW zou slechts de (overbodige) uitdrukking zijn van iets, dat reeds uit de aard van het huurrecht voortvloeit. Zou de nadruk daarentegen liggen op het 'bezit' van de huurder bij een overigens strikt 'persoonlijke' aard van het huurrecht, dan zou de vraag zijn: kan de huurder zijn 'genot' aan de verhuurder en diens rechtsverkrijger tegenwerpen dankzij art. 7A:1612 BW, of omdat dat genot met de verlening van het huurrecht daadwerkelijk aan de huurder is toegekend? In beide gevallen is de volgende vraag: hoe moet dit in art. 7A:1612 BW gelezen worden?

Een eenduidig en rechtssystematisch samenhangend antwoord op de vorenstaande vragen is niet mogelijk. De combinatie van een zeker 'bezit' van de huurder (waarbij wellicht ook nog te denken valt aan 'bezit' van het huurrecht), de persoonlijke aard van dat huurrecht en een analoge toepassing van de nemo plus-regel kunnen niet tot helderheid leiden van Diephuis' uitleg van art. 7A:1612 BW.

---

<sup>40</sup>Zie het hierboven weergegeven citaat.

<sup>41</sup>A.w., p. 163. Een meer rechtstreekse toepassing van het beginsel is wellicht te lezen in de formulering uit een eerdere druk van Diephuis' *Nederlandsch Burgerlijk Regt* (weergegeven door Opzoomer VII, p. 352, noot 4): (art. 7A:1612 BW is) '(..) een uitvloeisel van het beginsel, dat niemand meer recht aan een ander kan overdragen dan hij zelf heeft, en eene uitdrukkelijke erkenning, dat de koper, die ten aanzien van het geheele goed in de plaats van den verkooper treedt, het recht van den huurder moet eerbiedigen, en ook gebonden is aan de verplichtingen, die de verkooper als verhuurder ten aanzien van het verkochte goed jegens den huurder had.'

Een derde grondslag, de indeling in goederen- en verbintenissenrecht, vermag dit evenmin. Diephuis stelt dat de huurovereenkomst alleen werkt tussen verhuurder en huurder en slechts leidt tot een persoonlijk recht, omdat de overeenkomst niet wordt gevolgd door een levering.<sup>42</sup> Het huurrecht kan op deze grond niet tegen het eigendomsrecht worden ingeroepen. Dit resultaat zou stroken met Diephuis' conclusie, dat de huurder zijn vordering tot verschaffing van het huurgenot niet geldend kan maken jegens de koper die door levering reeds eigenaar is geworden (hoewel art. 7A:1612 BW volgens Diephuis in dat geval wel 'werking' heeft). Het zou echter geen verklaring kunnen vormen voor Diephuis' opvatting, dat de huurder die in het genot van het gehuurde is, een zeker 'bezit' daarvan heeft, welk 'bezit' hij krachtens art. 7A:1612 BW zowel aan de verhuurder als aan diens rechtsopvolger kan tegenwerpen. Immers, een consequente toepassing van de indeling in goederen- en verbintenissenrecht zou meebrengen, dat een persoonlijk huurrecht nimmer tegen een goederenrechtelijk recht zou kunnen worden ingeroepen. Art. 7A:1612 BW kan juist geacht worden tot doel te hebben, in het belang van de huurder deze consequentie tegen te gaan.<sup>43</sup>

Geconcludeerd kan worden dat in Diephuis' uitleg van art. 7A:1612 BW in ieder geval drie uitgangspunten zijn aan te wijzen die echter, wanneer zij worden doorgeredeneerd, tot met elkaar onverenigbare gevolgen leiden.

Op deze plaats moet nog vermeld worden de bestrijding van de *nemo plus*-redenering door Opzoomer.<sup>44</sup> De gedachte, dat de koper vóór het einde van de huur de huurder niet tot ontruiming kan dwingen omdat zijn rechtsvoorganger, de verkoper/verhuurder die mogelijkheid evenmin had, betitelt Opzoomer als onhoudbaar. Het *nemo plus*-beginsel openbaart zich daarin, aldus deze schrijver,

---

<sup>42</sup>Deze nadere explicatie treft men aan op p. 173-175 van het aangehaalde werk.

<sup>43</sup>Zie hiervoor, hoofdstuk 8.

<sup>44</sup>Opzoomer VII, p. 352-354.

## EEN RECHTSSYSTEMATISCHE VERKLARING?

(..) dat een zaak niet kan overgaan op een ander zonder de zakelijke rechten, die op haar rusten, en eveneens, dat een persoon niet op een ander kan overgaan zonder de persoonlijke verplichtingen, waardoor hij verbonden was. Daarom gaan alle zakelijke rechten met de zaak mede; daarom gaan de persoonlijke verbintenissen op de erfgenamen over.<sup>145</sup>

In het beginsel ligt echter volstrekt niet opgesloten, zo stelt Opzoomer, dat een zaak niet zonder die verbintenissen op een ander zou kunnen overgaan. Die verbintenissen hebben weliswaar de zaak als voorwerp, maar rusten alleen op de persoon van haar eigenaar. Opzoomer vervolgt dan ook:

De bepaling dus, dat de verhuring niet op den *successor singularis* van den verhuurder, den koper, overgaat, was niets anders dan een gevolg daarvan, dat verhuring geen zakelijk recht deed ontstaan, maar alleen een persoonlijke verbintenis.<sup>146</sup>

Gesteld kan worden, dat Opzoomer de redenering van Diephuis verwerpt omdat hij het persoonlijke - dat wil zeggen, aan de persoon van de huurder verbonden en niet op de verhuurde zaak betrokken - karakter van een huurrecht vooropstelt. Anders gezegd, Opzoomer handhaaft zeer consequent de tegenstelling persoonlijk - zakelijk recht. Het relativiteitsbeginsel, inhoudende dat overeenkomsten enkel werken tussen de partijen die haar zijn aangegaan, kan deze strikt persoonlijke werking van het huurrecht enkel versterken.<sup>17</sup>

### 9.4.2. De situatie 'huur-na-hypotheek'

Diephuis hanteert ter verklaring van de werking van art. 7A:1612 BW drie uitgangspunten. Geen van deze echter kan de aanname in het huidige recht onderbouwen, dat het artikel óók van toepassing is in de situatie 'huur-na-hypotheek' (een situatie die in Diephuis' tijd hoogstwaarschijnlijk niet zeer gebruikelijk was).

Het relativiteitsbeginsel leidt, wanneer het consequent wordt doorgeredeneerd, tot een algehele patstelling. De koper staat buiten de huurovereenkomst en de huurder heeft niets te maken met (de gevolgen van) een latere koopovereenkomst. Tussen de huurder en de koper bestaat over en weer geen rechtsbetrekking. De huurder kan krachtens zijn eerdere huurrecht niet alleen het persoonlijke recht (op levering) van de koper negeren, maar ook, na levering, diens eigendomsrecht. Art. 7A:1612 BW is dan overbodig en het onderscheid in goederen- en verbintenissenrecht wordt doorbroken. Op grond van dit onderscheid heeft immers een eigenaar in beginsel niets te maken met persoonlijke rechten en verplichtingen van zijn rechtsvoorganger. De koper, al dan niet eigenaar geworden, kan op zijn beurt het huurrecht negeren, ongeacht of de huurder in het genot van het gehuurde is of niet.

Een consequente doorvoering van het relativiteitsbeginsel in de situatie 'huur-na-hypotheek' leidt tot een soortgelijke, algehele patstelling. De hypotheekhouder staat buiten de latere huurovereenkomst tussen verhuurder en huurder; de huurder heeft niets te maken met de recht-

<sup>145</sup>T.a.p.

<sup>146</sup>P. 353. Zie ook Opzoomer III, ad art. 721, p. 428-429.

<sup>147</sup>De redenering van Diephuis wordt op soortgelijke gronden als Opzoomer aanvoert, afgewezen door A.F.A. Leesberg, Themis 1876, p. 329-330.

sbtrekking verhuurder-hypothekhouder. De hypothekhouder kan de latere huurder (bij de executie) negeren, de huurder het eerdere hypothekrecht. Art. 7A:1612 BW heeft voor de huurder geen functie. Een huurbeding zou hoogstens de patstelling in het voordeel van de hypothekhouder kunnen doorbreken: met een beroep op een gemaakt huurbeding zou de (eerdere of latere) huurder wel tot ontruiming gedwongen kunnen worden.

Het tweede uitgangspunt (*nemo plus-analoog*) leidt niet alleen in de eigenlijke `art. 7A:1612 BW-redenering van Diephuis tot grote verwarring, maar ook in de situatie `huur-na-hypothek'. Niet duidelijk is immers, of art. 7A:1612 BW de oorzaak is van een zeker `bezit' bij de huurder, of dat het artikel dit `bezit' (indien aanwezig) beschermt, zij het dan geheel overbodig, of dat reeds uit het huurrecht als zodanig voortvloeit, dat de huurder zijn huurrecht aan de nieuwe eigenaar kan tegenwerpen.

Zowel wanneer art. 7A:1612 BW de oorzaak is van een zeker `bezit' bij de huurder, als wanneer het artikel dit `bezit' slechts beschermt (zij het overbodig), kan de huurder het `bezit' ook aan de rechtsopvolger van de verhuurder tegenwerpen. Het huurrecht gaat dan in de richting van een beperkt (zakelijk) recht. Neemt men dit aan, dan dient de prioriteitsregel toepassing te vinden: het oudere huurrecht gaat voor het jongere eigendomsrecht van de koper (en ook voor diens jongere recht op levering). Maar een ouder hypothekrecht dient dan óók voor een jonger huurrecht te gaan. Art. 7A:1612 BW heeft in dat geval geen functie. Acht men het artikel in deze situatie wel van toepassing (uit een oogpunt van huurdersbescherming), dan wordt de regel óf uitgebreid, óf met voeten getreden: het `bezit' van de huurder kan dan namelijk ook worden tegengeworpen aan een *niet*-rechtsopvolger van de verhuurder, de reeds bestaande hypothekhouder. In dit geval heeft die hypothekhouder ernstig behoefte aan een huurbeding.

Behoeft aan een huurbeding heeft de hypothekhouder niet in de andere optie in Diephuis' redenering, dat met de huurovereenkomst het afstaan van het huurrecht een feit is. De verhuurdersverplichtingen rusten alsdan reeds in volle omvang op de verhuurder; hij kan deze niet meer `opheffen' door het verhuurde later te verkopen. Het gevolg zou dan moeten zijn, dat de huurder het huurrecht aan de latere koper kan tegenwerpen, ongeacht of de huurder in het genot van het gehuurde is of niet en ongeacht of de levering aan de koper heeft plaatsgevonden of niet. Het gevolg zou ook moeten zijn, dat de huurder daadwerkelijk de koper zou kunnen aanspreken tot verschaffing van het huurogenot. Een dergelijke redenering zou als volgt uitwerken voor de hypothekhouder: met de verhypothekering is het hypothekrecht een feit. De verhuurder kan zijn verplichtingen als hypothekgever niet meer `opheffen' door het verhypothekeerde later te verhuren. De hypothekhouder kan zijn recht aan de latere huurder tegenwerpen; een huurbeding is overbodig..... tenzij met art. 7A:1612 BW de gestelde regel weer wordt gefrustreerd. Kent men aan dit artikel hier wél een functie toe, dan geldt, zoals aan het slot van de vorige alinea reeds werd opgemerkt, dat de hypothekhouder ernstige behoefte heeft aan een huurbeding. Niet te verklaren is dan een volstrekt ongelijke uitkomst in een overigens gelijke situatie: `met de verhuuring is het huurrecht een feit'; `met de verhypothekering is het hypothekrecht een feit, maar toch niet'.

Het derde uitgangspunt dat aan Diephuis' redenering ten grondslag ligt, het onderscheid tussen een persoonlijk recht (huur) en een goederenrechtelijk recht (eigendom), kan evenmin helderheid bieden in de situatie `huur-na-hypothek'. Immers, enerzijds kan de huurder zijn recht krachtens dit onderscheid nimmer tegen een eigenaar invoeren. Het goederenrechtelijke recht is sterker dan het persoonlijke recht. Hetzelfde zou gelden ten opzichte van een goederenrechtelijk hypothekrecht, en al helemaal wanneer dit hypothekrecht al bestaat op het moment

van de verhuring. Anderzijds lijkt ook op het bedoelde onderscheid gestoeld Diephuis' opvatting, dat de huurder het 'bezit' (genot) van het gehuurde, dat hem met de verlening van het huurrecht wordt toegekend (tengevolge van art. 7A:1612 BW?), niet alleen kan tegenwerpen aan de verhuurder, maar ook aan diens rechtsopvolger onder bijzondere titel. Het persoonlijke, maar 'opgevaardeerde' huurrecht krijgt voorrang boven een later eigendomsrecht. Niet duidelijk is, hoe deze 'opwaardering' in goederenrechtelijke zin van het huurrecht moet uitwerken ten opzichte van een *eerder* hypotheekrecht. Er zijn twee mogelijkheden: art. 7A:1612 BW werkt hier niet, of wel. Het eerste doet zich voor als de nu min of meer goederenrechtelijk gerechtigde huurder het eerdere hypotheekrecht moet respecteren; een huurbeding is dan overbodig. Het tweede, toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW óók in de situatie 'huur-na-hypotheek', betekent een *nóg* verdere opwaardering van het huurrecht, waarbij het zelfs méér dan goederenrechtelijk wordt<sup>48</sup>: het latere persoonlijke huurrecht wordt nu goederenrechtelijker dan het eerdere hypotheekrecht. Immers, voor goederenrechtelijke rechten onderling geldt de prioriteitsregel: het oudere recht gaat voor het jongere. Het behoeft geen betoog, dat de hypotheekhouder ook in deze benadering behoefte zal hebben aan een huurbeding.

Complicerend in dit verband is vervolgens, dat de werking van art. 7A:1612 BW in Diephuis' opvatting ook geldt ten aanzien van een eventuele vordering tot 'levering' van het genot van het gehuurde, maar dan alleen jegens de verhuurder. Deze kan zich door verkoop van het verhuurde niet aan die verplichting onttrekken. Tegen de koper kan de vordering echter niet worden uitgeoefend. Niet wanneer deze koper zelf nog niet geleverd heeft gekregen, ook niet wanneer hij wél eigenaar is geworden. De opwaardering in goederenrechtelijke zin van het huurrecht vindt hier kennelijk niet plaats. Onduidelijk is dan ook, hoe één en ander zou moeten uitwerken ten opzichte van een reeds bestaand hypotheekrecht (indien hypotheekhouder het inmiddels verhuurde goed wil gaan veilen).

In de laatste twee alinea's is bovendien nog afgezien van de kwestie 'mandaats- of executieer', die in de tijd van Diephuis' notities (1889) reeds actueel was.<sup>49</sup> Wordt deze 'ingrediënt' toegevoegd, dan wordt het scala nog onoverzichtelijker. Bijvoorbeeld: in de mandaatsleer zou de hypotheekhouder geen andere rechten kunnen doen overgaan dan die, welke de geëxecuteerde eigenaar had. De vraag is echter naar welk moment de rechtspositie van de eigenaar moet worden bepaald: naar het moment van de veiling of dat van vestiging van het hypotheekrecht? In het eerste geval zou de hypotheekhouder op grond van art. 7A:1612 BW de verhuurdersverplichting moeten respecteren en zou hij behoefte hebben aan een huurbeding. Immers, waar de geëxecuteerde niet het recht had zich door verkoop van het verhuurde te ontdoen van zijn verplichting tot (voortzetting van) verschaffing van het huurgenot, zou de hypotheekhouder evenmin aan de koper een eigendomsrecht vrij van deze beperking kunnen verschaffen. Zou het moment van hypotheekvestiging tot uitgangspunt worden genomen, dan zou de hypotheekhouder wél een eigendomsrecht 'vrij van huur' kunnen doen overgaan; een huurbeding was dan overbodig.

De conclusie uit het voorgaande moet als volgt luiden. Ter verklaring van de werking van art. 7A:1612 BW hanteert Diephuis drie uitgangspunten, maar geen van deze kan de aanname in het huidige recht, dat het artikel óók van toepassing is in de situatie 'huur-na-hypotheek', onderbouwen.

<sup>48</sup>Zie in deze zin Roes, diss., hoofdstuk IV (waarover ook hierna, par. 9.10).

<sup>49</sup>Zie over deze strijdvraag bijvoorbeeld Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 198-203.

## 9.5. Rechten én verplichtingen?

### 9.5.1. Art. 7A:1612 BW, art. 1354 (Oud) BW, kwalitatieve rechten

De verhouding tussen art. 7A:1612 BW enerzijds en de artikelen 1354 (Oud BW, hierna te noemen: art. 1354) en 6:251/252 BW anderzijds, is zowel naar het oude als naar het huidige recht niet eenvoudig vast te stellen. Toch is er alle reden in het onderstaande de overgang van rechten en verplichtingen, waar art. 7A:1612 BW op doelt, af te zetten tegen de leerstukken die door de genoemde andere artikelen werden respectievelijk worden bestreken. De artikelen 1354 en 6:251/252 BW zien namelijk op een soortgelijke overgang van rechten en/of verplichtingen. Men kan zich afvragen, of de algemeen veronderstelde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek' wellicht verband houdt met één of meer van deze artikelen.

Op art. 1354 zal de aandacht zich het eerste richten, omdat de met dit artikel samenhangende problematiek (voor zover deze betreft rechtsopvolging onder bijzondere titel<sup>50</sup>) geacht wordt te zijn neergelegd in de thans geldende artikelen 6:251 en 252 BW<sup>51</sup>; deze artikelen komen vervolgens aan de orde.

Onder het oude recht bestonden diverse interpretaties van art. 1354.<sup>52</sup> Hieronder worden deze besproken, voor zover daar in verband met art. 7A:1612 BW aanleiding toe is.<sup>53</sup> Aansluitend aan iedere bespreking wordt aangegeven, of een verklaring voor de werking van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek' aan de betreffende opvatting ontleend kan worden.

De bedoelde interpretaties zijn de volgende.

---

<sup>50</sup>Zie Asser-Hartkamp II (1993), nr. 396a; Asser-Hartkamp 4-II (1997), nr. 396.

<sup>51</sup>Zie dienaangaande de Toelichting Boek 6, p. 763-766, en Asser-Hartkamp II (1993), nr. 396a; Asser-Hartkamp 4-II (1997), nr. 396.

<sup>52</sup>Art. 1354 Oud BW luidde: 'Men wordt voorondersteld bedongen te hebben voor zich zelve, en voor zijne erfgenamen en regtverkrijgenden, ten ware het tegendeel uitdrukkelijk bepaald zij, of uit den aard der overeenkomst mogt voortvloeijen.'

<sup>53</sup>Zie voor een overzicht en een bespreking van de verschillende opvattingen vooral Rank-Berenschot, diss., p. 148-159, en voorts Asser-Rutten II (1982), p. 284-290, Asser-Hartkamp II (1993), nr. 396a; Asser-Hartkamp 4-II (1997), nr. 396.



1. Sinds het arrest van de Hoge Raad van 3 maart 1905<sup>54</sup> is aan art. 1354 vrij algemeen doch bepaald niet unaniem<sup>55</sup>, een beperkte betekenis toegekend: persoonlijke *rechten*, bedongen met betrekking tot een aan de bedinger toebehorende zaak, zouden krachtens dit artikel met die zaak wél automatisch mee overgaan op opvolgende eigenaars onder bijzondere titel van de zaak, persoonlijke verplichtingen niet. In deze benadering is voor art. 7A:1612 BW een zelfstandige rol weggelegd om met het verhuurde goed ook de verplichting tot verschaffing van het huurovername op de verkrijger van het goed te doen overgaan.<sup>56</sup>

*'Huur-na-hypothec'*

De hier besproken uitleg van art. 1354 biedt geen verklaring voor de algemeen veronderstelde werking van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypothec'. De vraag blijft namelijk staan: is de 'zelfstandige rol voor art. 7A:1612 BW' ook bedoeld voor die situatie?

2. Tot aan het arrest van 3 maart 1905 waren literatuur en rechtspraak verdeeld over de interpretatie van art. 1354.<sup>57</sup> De meest vergaande uitleg van het artikel, waarbij zowel de actieve als de passieve kant van een overeenkomst met betrekking tot een zaak bij vervreemding op de verkrijger zouden overgaan, komt men in deze periode tegen.<sup>58</sup> Een dergelijke uitleg benadert de opvatting van de wetgever van het huidige BW omtrent art. 7A:1612 BW.

*'Huur-na-hypothec'*

Met de hier beschreven uitleg van art. 1354 zou in de situatie 'huur-na-hypothec' een gelijk resultaat bereikt worden als in de hedendaagse interpretatie van art. 7A:1612 BW: de hypotheekhouder moet het latere huurrecht respecteren. Een verklaring voor die 'ruime uitleg' van art. 7A:1612 BW biedt art. 1354 aldus echter niet. Hoogstens zou men zich kunnen afvragen, of art. 7A:1612 BW nog een bestaansreden heeft in deze opvatting. Immers, het door art. 7A:1612 BW beoogde resultaat wordt reeds door art. 1354 bereikt: de executie door de hypotheekhouder wordt aangemerkt als de door art. 1354 bestreken vervreemding, de actieve en de passieve kant van een overeenkomst met betrekking tot de geëxecuteerde zaak gaan bij de vervreemding op de verkrijger over. Het moment van executie wordt als uitgangspunt van redeneren genomen; aan het feit van de eerdere hypotheekvestiging (ten opzichte van het huurrecht) komt geen betekenis toe.

<sup>54</sup>HR 3 maart 1905, W. 8191 (Blaauboer/Berlips).

<sup>55</sup>Vgl. de bespreking bij Asser-Rutten II (1982), p. 284-290. Zie voorts TM en MvA II ad art. 6.5.3.4. (art. 6:252 BW), Parl. Gesch. Boek 6, respectievelijk p. 935 en 943.

<sup>56</sup>In deze zin bijv. N de Beneditty, WPNR 2444 (1916), p. 519.

<sup>57</sup>Vgl. bijv. A. Pitlo, in: Onroerend goed (1968), p. 232-233; W.M. Kleijn, in: Goed en trouw (1984), p. 437-439; MvA II bij art. 6.5.3.4 (art. 3:252 BW), Parl. Gesch. Boek 6, p. 943; Rank-Berenschot, diss., p. 148-153; H.J. Sijnders, Blaauboer Berlips, in: Verkort Verklaard (1996), p. 12-15.

<sup>58</sup>In deze zin (waarschijnlijk) HR 24 april 1884, W. 5031; vgl. hieromtrent de in de vorige noot vermelde schrijvers. Tot een dergelijke ruime uitleg komen o.a. Dullemond, diss., p. 195, zulks met een beroep op de historische uitleg van art. 1354 en waarschijnlijk ook Enschedé, diss., p. 38, stellende dat art. 7A:1612 BW te zien is als een toepassing van art. 1354. Meijers, VPO I, p. 57-71 onderwerpt het beroep op de historische uitleg aan een kritische beschouwing.

3. Art. 1354 doet op de rechtverkrijgenden van partijen alleen die overeenkomsten overgaan, waardoor zakelijke rechten worden gevestigd.<sup>59</sup> In deze opvatting zou art. 7A:1612 BW alleen een rol hebben naast art. 1354, wanneer huur als een persoonlijk en niet als een (semi-) zakelijk recht wordt opgevat. Zou sprake zijn van het laatste, huur als (semi-) zakelijk recht, dan zou het gaan om rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst die de verhuurde zaak aankleven, dus zakelijke rechten.<sup>60</sup> Deze zouden krachtens art. 1354 reeds op de rechtsverkrijger van de verkoper overgaan; aan art. 7A:1612 BW zou geen behoefte zijn. Hetzelfde zou echter gelden voor art. 1354: ook dit artikel zou overbodig zijn indien huur als een (semi-) zakelijk recht zou gelden. Immers, ten aanzien van een eenmaal gevestigd zakelijk recht bestaat er geen behoefte aan een dergelijke bepaling om de 'vestigingsovereenkomst' te doen overgaan; het gevestigde recht is reeds absoluut en inroepbaar tegen een ieder.<sup>61</sup>

#### *'Huur-na-hypothec'*

De algemeen veronderstelde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypothec' kan niet verklaard worden uit de bovenbeschreven uitleg van art. 1354. Sterker, art. 7A:1612 BW zou overbodig zijn, zoals reeds werd aangegeven, indien het huurrecht - al dan niet via art. 1354 - als een (semi-) zakelijk recht zou worden gezien. In de situatie 'huur-na-hypothec' zou een hypotheekhouder van een later huurrecht niets te vrezen hebben. Eén en ander zou afgeleid kunnen worden uit het karakter van het huurrecht, dat een zekere absoluutheid met zich zou brengen. De redenering zou zijn: wat geldt voor een (semi-) zakelijk huurrecht, geldt ook (of: zeker) voor een reeds bestaand, zakelijk hypotheekrecht: het is een absoluut recht, latere rechten kan de hypotheekhouder negeren.

Opmerkelijk in deze redenering is, dat het (semi-) zakelijke karakter van het huurrecht de voorwaarde lijkt te worden voor een 'onbedreigde' absoluutheid van het hypotheekrecht. Immers, art. 7A:1612 BW wordt met een dergelijk huurrecht overbodig; de hypotheekhouder kan een later huurrecht eenvoudig negeren, zoals ieder ander later gevestigd zakelijk recht, en aan een huurbeding heeft hij geen behoefte meer.

Duidt men daarentegen, zoals gebruikelijk is, het huurrecht aan als een persoonlijk (niet-absoluut) recht, dan is het naar huidig recht óók gedaan met de absoluutheid van het hypotheekrecht. Art. 7A:1612 BW lijkt namelijk óók algemeen van toepassing te worden geacht op de situatie 'huur-na-hypothec' (art. 1354 kan de verplichtingen uit de huurovereenkomst niet doen overgaan). De hypotheekhouder heeft in dat geval kennelijk niet langer een absoluut recht, althans niet ten aanzien van de latere huurder. Een huurbeding zal zijn rechtspositie moeten 'herstellen', met alle complicaties vandien.

---

<sup>59</sup>Ph.P.C.H. Everts, Themis 1884, p. 527-528, 533. De opvatting werd door de Hoge Raad verworpen, HR 8 januari 1897, W 6916 (Van der Linden/Waardenburg), vgl. hierover Rank-Berenschot, diss., p. 149, noot 25.

<sup>60</sup>Zie Rank-Berenschot, t.a.p..

<sup>61</sup>Zie ook hierna, par. 9.6 ('Het huurrecht als kwalitatief of als goederenrechtelijk recht').

## EEN RECHTSSYSTEMATISCHE VERKLARING?

4. Art. 1354 veroorlooft partijen bij hun overeenkomst (uitdrukkelijk of stilzwijgend) te bepalen, dat (de) *rechten* uit de overeenkomst van *kwalitatieve* aard zullen zijn (Suijling, Van Brakel<sup>62</sup>). De verplichtingen uit de overeenkomst kunnen niet kwalitatief worden gemaakt (in deze opvatting), omdat de Hoge Raad in 1905 uitdrukkelijk de mogelijkheid had afgewezen, om door een kwalitatief contract op zakelijke rechten gelijkende rechtsverhoudingen in het leven te roepen.

Art. 1354 komt in deze benadering naast art. 7A:1612 BW te staan. Art. 7A:1612 BW wordt hier namelijk beschouwd als een specifieke, voor huurverhoudingen in het leven geroepen wetsbepaling die de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst koppelt aan de kwaliteit van eigenaar van het huis. Zo schrijft Van Brakel,

‘Voorlopig alleen aan overgang van *rechten* denkende’,

dat art. 7A:1612 BW de koper van het verhuurde huis veroorlooft, om tegenover de huurder de rechten van de vorige eigenaar uit het met deze gesloten huurcontract uit te oefenen. Met de eigendom van het huis gaan dus ook de rechten uit het contract over, dat met betrekking tot dat huis gesloten was.<sup>63</sup> In deel II van zijn Leerboek Verbintenissenrecht betreft Van Brakel ook de verplichtingen in zijn betoog; krachtens art. 7A:1612 BW gaat met de eigendom ook de kwaliteit van verhuurder op de koper over; de koper treedt in de plaats van de verhuurder, zowel wat diens rechten als diens verplichtingen aangaat.<sup>64</sup>

Suijling beschrijft art. 7A:1612 BW als een voorbeeld van kwalitatieve vorderingsrechten en schulden, die op positief rechtsvoorschrift berusten. Partijen kunnen echter nog verder gaan: op grond van art. 1354 zijn zij bevoegd ook zelf kwalitatieve vorderingsrechten in het leven te roepen.

‘Als een vorderingsrecht ten behoeve van den *eigenaar* van een bepaald goed is gevestigd, gaat met den eigendom der zaak daarom de vordering zonder meer over(.)’<sup>65</sup>

Het staat partijen echter niet vrij om ook kwalitatieve verplichtingen te scheppen; art. 1376 staat daaraan in de weg (obligatoire verhoudingen bestaan alleen tussen individueel bepaalde personen), aldus Suijling, die ook verwijst naar het arrest HR 3 maart 1905.<sup>66</sup>

Men zou kunnen stellen, dat in deze opvatting het huurrecht op grond van de wet (art. 7A:1612 BW) aangemerkt moet worden als een kwalitatief recht, dat in het stelsel van het zakenrecht wordt erkend. Ook hedentendage wordt deze opvatting aangehangen.<sup>67</sup>

In de richting van een kwalitatief huurrecht gaat ook Land, die de werking van art. 7A:1612 BW als volgt omschrijft<sup>68</sup>: de verbintenissen van de verhuurder jegens de huurder worden

<sup>62</sup>Vgl. Suijling II, 1, no. 15, p. 23; Van Brakel I, p. 481-486, par. 390. Zie ook de Toelichting Boek 6, p. 763 noot 4.

<sup>63</sup>Van Brakel I, p. 481.

<sup>64</sup>Van Brakel II, p. 98.

<sup>65</sup>A.w., p. 23.

<sup>66</sup>A.w., p. 24.

<sup>67</sup>Zie bijvoorbeeld de Toelichting Boek 6, p. 763; de woorden van Pitlo in Pitlo/Brahn, Zakenrecht (1987), p. 538 (‘Ingevolge art. 1612 is ook de volgende eigenaar gebonden aan deze huur (..)’); Reehuis, in Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht (1994), nr. 873 (‘huur, zijnde een kwalitatief recht’). Zie voorts hieronder, par. 9.6 (‘Het huurrecht als kwalitatief of als goederenrechtelijk recht’).

geacht verknocht te zijn aan de eigendom van het gehuurde. Met de eigendomsovergang gaan deze verbintenissen over op de huurder:

‘(.) krachtens art. 1612 heeft men hier te doen met verbintenissen, welke worden geacht in de hoedanigheid van eigenaar te zijn aangegaan.’<sup>69</sup> Art. 1612 is dus een uitbreiding van art. 1354, in zoover ook de verplichtingen, met betrekking tot de zaak aangegaan, op den rechtverkrijgende onder bijzonderen titel overgaan.’<sup>70</sup>

#### ‘Huur-na-hypothek’

Een verklaring voor de toepasselijkheid, naar algemene opvattingen, van art. 7A:1612 BW op de situatie ‘huur-na-hypothek’ is niet af te leiden uit de hier beschreven interpretatie van art. 1354. De verhouding tussen de beide artikelen wordt eerder hoogst ingewikkeld. Beschouwt men namelijk de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst naar hun aard, op grond van art. 7A:1612 BW en/of mogelijk zelfs (deels) op grond van art. 1354, als kwalitatieve rechten en verplichtingen, dan zijn er verschillende mogelijkheden denkbaar in de situatie ‘huur-na-hypothek’. Niet duidelijk daarbij zou zijn, op welk van de beide artikelen het resultaat teruggevoerd moet worden. Worden de kwalitatieve huurrechten en -verplichtingen ingeschreven in de openbare registers (bijvoorbeeld om die kwalitatieve werking te kunnen hebben, zie thans voor de verplichtingen art. 6:252 lid 3 onder a BW), dan zou de prioriteitsregel van toepassing kunnen zijn en zou een hypotheekhouder zijn recht kunnen inroepen tegen een later ingeschreven huurrecht. Een huurbeding zou hij niet nodig hebben. Benadrukt men daarentegen juist de kwalitatieve werking van de huur (overgang van rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst, gekoppeld aan de kwaliteit van eigenaar van het huis, ongeacht eerder verkregen rechten van derden), dan zou een ouder gerechtigde hypotheekhouder een later huurrecht wél moeten respecteren. Aan een huurbeding zou hij wel behoefte hebben. Een soortgelijke conclusie zou bereikt kunnen worden met een huurrecht, dat is verknocht aan de eigendom van het gehuurde.

5. Aan art. 1354 kan in het geheel geen zelfstandige betekenis worden toegekend:

‘Evenmin als *krachtens art. 1354* contractuele rechten op de opvolgers onder algemene titel overgaan, gaan zij krachtens dit artikel over op de opvolgers onder bijzondere titel.’

<sup>68</sup>Land V (1917), p. 181-187.

<sup>69</sup>Land verwijst naar Molengraaff (Leidraad 3e dr., p. 248) die spreekt van kwalitatieve verbintenissen.

<sup>70</sup>P. 184-185. Dit citaat stamt uit (het jaar) 1917. De zin ‘Art. 1612 is dus een uitbreiding van art. 1354, in zoover ook de verplichtingen.... overgaan’, zou begrepen kunnen worden als een uitwerking van de leer van de Hoge Raad van 1905: krachtens art. 1354 kunnen alleen persoonlijke rechten, verbonden met de overgedragen zaak, overgaan, geen persoonlijke verplichtingen. Eerder zag Land voor het bestaan van art. 1354 echter eigenlijk nog geen reden (Land IV (1907), p. 213): ‘Alleen bij uitzondering gaat eene overeenkomst, met hare rechten en verplichtingen, ook over op den opvolger onder bijzonderen titel. Zoo bij huur (art. 1612) en bij verzekering (art. 263 Kh.)’ In een noot stelde hij vervolgens (t.a.p.): ‘Maar die gevallen waarin de geheele rechtsbetrekking zoowel active als passieve overgaat, schijnen mij geen toepassing van art. 1354 al sluiten zij nauw daarbij aan.’

schrijft Rutten.<sup>71</sup> Een overgang *krachtens* art. 1354 wijst hij af, omdat zulks er op zou neerkomen, dat de nieuwe eigenaar van de zaak nakoming van een kwalitatief recht kan vorderen (hij kan ook nakoming vorderen wanneer dit recht niet uitdrukkelijk aan hem is overgedragen<sup>72</sup>). Rutten betoogt, dat de wet in bijzondere gevallen en bij wijze van uitzondering op het beginsel van art. 1376 (Oud) BW bepaalt, dat contractuele rechten en plichten automatisch overgaan op rechtsopvolgers onder bijzondere titel. Een voorbeeld van een dergelijke wetsbepaling is art. 7A:1612 BW. Buiten dergelijke wetsbepalingen (Rutten noemt als voorbeeld ook art. 34 Pachtwet en art. 263 Wetboek van Koophandel) gaan volgens deze schrijver contractuele rechten slechts over ingevolge overdracht van dat recht door de oude aan de nieuwe rechthebbende.<sup>73</sup>

*'Huur-na-hypotheek'*

Rutten wijst enig verband tussen de artikelen 1354 en 7A:1612 BW af; een verklaring voor de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek' kan in deze uitleg dan ook niet gevonden worden.

6. Voor het huidige recht wordt in de Toelichting op Boek 6 gesproken van de door art. 1354 erkende *mogelijkheid* kwalitatieve rechten (niet: verplichtingen) uit overeenkomst te vestigen, naast die, welke in het systeem van het zakenrecht werden erkend.<sup>74</sup> De Toelichting noemt als opvolgers van art. 1354 (voor zover dit artikel ziet op de rechtsopvolging onder bijzondere titel<sup>75</sup>) de artikelen 6:251 en 6:252, die de zogenaamde kwalitatieve rechten én -verplichtingen (uit overeenkomst) regelen.<sup>76</sup>

*'Huur-na-hypotheek'*

Is het nu mogelijk om, ter verklaring van de veronderstelde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek', dit artikel in verband te brengen met art. 6:251 BW<sup>77</sup>? Dat is niet eenvoudig, om drie redenen.

---

<sup>71</sup> Asser-Rutten II (1982), p. 290.

<sup>72</sup> A.w., p. 288.

<sup>73</sup> A.w., p. 290.

<sup>74</sup> Toelichting Boek 6 ad art. 6.5.3.3., p. 763.

<sup>75</sup> Art. 1354 bepaalde expliciet, dat men voorondersteld werd bedongen te hebben voor 'zijne erfgenamen en regtverkrijgenden'; vgl. de Toelichting Boek 6, p. 763-766; Asser-Hartkamp II (1993), nr. 396a en 390; Asser-Hartkamp 4-II (1997), nr. 396, 390; Verbintenissenrecht (J.C. van der Steur), art. 251, aant. 1.

<sup>76</sup> Zie dienaangaande de Toelichting Boek 6, p. 763-766, en Asser-Hartkamp II (1993), nr. 396a; Asser-Hartkamp 4-II (1997), nr. 396.

<sup>77</sup> De eventuele toepasselijkheid van art. 6:252 BW in die zin, dat de *oudere* hypotheekhouder een later totstandgekomen huurrecht als zijnde een kwalitatieve verplichting zou moeten dulden, wordt uitgesloten in lid 3 onder a van het artikel. Zie over de vraag, of art. 3:252 BW een alternatief kan vormen voor art. 3:264 BW (het huurverbod zou dan als kwalitatieve verplichting aan de eigenaar opgelegd moeten worden), A.C. Wibbens-de Jong, WPNR 6061 en 6062 (1992), p. 647-649 resp. p. 669-670, met reactie van K.F.M. Berger, WPNR 6064 (1992), p. 711-712 (met naschrift Wibbens-de Jong), A.J.H. Pleysier, G. Mechelsen en J.C. van Straaten, WPNR 6091 (1993), resp. p. 316-317, p. 317-318 en p. 319, met naschrift Wibbens-de Jong en B.W.M. Nieskens-Ispording, p. 320.

Art. 7A:1612 BW zou daartoe allereerst geduid moeten worden als een artikel dat kwalitatieve rechten en verplichtingen in het leven roept. Gebleken is reeds, dat slechts enkele schrijvers deze benadering voorstaan.<sup>78</sup>

In de tweede plaats zou het mogelijk moeten zijn om met art. 6:251 BW een resultaat te bereiken dat gelijk zou zijn aan de thans heersende overgang ex art. 7A:1612 BW van 'de' huurovereenkomst.<sup>79</sup> Deze mogelijkheid is niet zeer waarschijnlijk, alleen al vanwege het feit dat met de regeling van de kwalitatieve rechten niet bedoeld is een *contractsovername* in het leven te roepen.<sup>80</sup> Anders dan bij een overgang van het huurrecht ex art. 7A:1612 BW, waarbij de verkrijger van het verhuurde goed geacht wordt partij te worden bij de huurovereenkomst, door zijn rechtsvoorganger gesloten met de huurder<sup>81</sup>, wordt een opvolger van het kwalitatieve recht géén partij bij de oorspronkelijke overeenkomst, gesloten door diens rechtsvoorganger.<sup>82</sup>

In de derde en laatste plaats zou de toepasselijkheid van art. 6:251 BW zich (ook) moeten uitstrekken over het geval 'huur-na-hypotheek', hetgeen evenmin erg waarschijnlijk is: het artikel is, zo werd hierboven al vermeld, niet in staat de gehele huurverhouding op de verkrijger te doen overgaan. Een hypotheekhouder derhalve, die krachtens een bestaand hypotheekrecht tot executie overgaat en daarbij wordt geconfronteerd met een ná de hypotheekvestiging totstandgekomen huurrecht, kan niet op grond van 6:251 BW verplicht worden geacht om dat latere huurrecht te respecteren.

Eerst wanneer aan de genoemde drie voorwaarden zou zijn voldaan (hetgeen niet het geval is), zou een verklaring voor de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek' afgeleid kunnen worden uit de regeling van de kwalitatieve rechten en/of verplichtingen. Eerst dan zou men terecht komen bij vragen als: moet het huurrecht naar zijn aard, ten gevolge van art. 7A:1612 BW en/of art. 6:251 BW als kwalitatief gelden; indien het huurrecht naar zijn aard kwalitatief is, zijn de genoemde artikelen dan niet overbodig? Immers, zou de (prioriteits-) regel neergelegd in art. 6:252 lid 3 onder a BW - een ingeschreven kwalitatieve verplichting is niet inroepbaar tegen derden die een eerder recht onder bijzondere titel of een gebruiksrecht op het goed hadden verkregen - niet ook toepassing moeten vinden op een kwalitatief huurrecht?

De conclusie moet zijn, dat de algemeen veronderstelde werking van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek' niet terug te voeren is op de regeling van kwalitatieve rechten en verplichtingen in het huidige recht (art. 6:251 en 6:252 BW).

<sup>78</sup>Zo bijvoorbeeld Van Brakel en Suijling; zie hiervoor, par. 9.5.1 onder 4, en hierna, par. 9.6.

<sup>79</sup>Vgl. Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 95, de heersende leer op dit punt besprekende: slechts die rechten en verplichtingen gaan over op de verkrijger, welke 'onmiddellijk verband houden met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen prijs.'

<sup>80</sup>Vgl., met literatuur, Verbintenissenrecht (J.C. van der Steur), art. 251, aant. 12.

<sup>81</sup>Vgl. Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 95.

<sup>82</sup>Andere redenen waarom de 'overgang van rechtswege' van art. 7A:1612 BW niet zonder meer bereikt kan worden, zijn bijvoorbeeld: het feit dat een verkrijger van het (verhuurde) goed een verklaring tot de wederpartij bij de overeenkomst kan richten met de mededeling, dat hij de overgang van het kwalitatieve recht niet aanvaardt, vgl. art. 6:251 lid 3 BW, waarover J.C. van der Steur, a.w., aant. 9; het door art. 6:251 lid 2, eerste zin BW vereiste verband tussen het kwalitatieve recht en de daarmee corresponderende verplichting; bij een huurovereenkomst zal het niet gaan om slechts één recht met één contraverplichting.

### 9.5.2. Conclusie

Uit het onderzoek naar de interpretaties van art. 1354 Oud BW en naar de artikelen 6:251 en 6:252 BW blijkt, dat de algemeen veronderstelde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypothec' niet verklaard kan worden uit enig aspect of uit enige toepassing van deze artikelen.

## 9.6. Kwalitatief of goederenrechtelijk?

### 9.6.1. Art. 7A:1612 BW en het huurrecht als kwalitatief of als goederenrechtelijk recht

In de voorgaande paragraaf bleek, dat aan het huurrecht soms in meer of mindere mate derdenwerking wordt toegekend, zulks vanwege het bestaan van art. 7A:1612 BW en/of omdat het huurrecht naar zijn aard als een kwalitatief, semi-zakelijk en/of zakelijk recht gezien zou moeten worden.<sup>83</sup> Een kort onderzoek naar deze derdenwerking van het huurrecht is op zijn plaats, hoewel de algemeen veronderstelde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypothec' daaruit niet zal kunnen worden verklaard. Immers, het ligt voor de hand dat in die situatie het kwalitatieve of (semi-) zakelijke huurrecht als komende ná het hypotheekrecht, *niet* tegen de hypotheekhouder zou kunnen worden ingeroepen (toepassing van de prioriteits- of nemo plus-regel<sup>84</sup>). Zou in dit geval het huurrecht evenals in de huidige uitleg van art. 7A:1612 BW tóch voorgaan boven het eerdere hypotheekrecht, dan zou er sprake zijn van een 'super'-kwalitatief of een méér dan zakelijk recht. Niettemin volgen hieronder enkele opmerkingen over het huurrecht als goederenrechtelijk en/of kwalitatief recht.

In de vorige eeuw leefde de opvatting, dat art. 7A:1612 BW slechts meebracht dat de huurder niet door de koper uit het gehuurde kon worden gezet, maar dat de huurverhouding overigens bleef bestaan tussen de huurder en de oorspronkelijke verhuurder. In zijn arresten van 1896 en 1897 ruidde de Hoge Raad deze benadering in voor de leer, dat tengevolge van art. 7A:1612 BW met de koop de huurverhouding wél op de koper overging, zodanig, dat deze als verhuurder had te gelden.<sup>85</sup> Sindsdien is het de vraag, in welke omvang die huurverhouding op de koper overgaat<sup>86</sup>, dat wil zeggen, welke bedingen en afspraken tussen de huurder en de oorspronkelijke verhuurder wel en niet overgaan op de verkrijger.

Deze werking van een bestaande overeenkomst tussen verhuurder en huurder tegen de derde-verkrijger van het verhuurde goed, gevoegd bij andere naar het goederenrecht neigende 'bijwerkingen' van het huurrecht zoals art. 7A:1592<sup>87</sup>, heeft in de literatuur tot een discussie

<sup>83</sup>Par. 9.5.1 onder 3, 4 en 6.

<sup>84</sup>Vgl. Parl. Gesch. Boek 5, Algemene opmerkingen, p. 3, punt 4. 'De regel dat, indien twee zakelijke rechten met elkaar in botsing komen, het oudere recht voorrang heeft boven het jongere, wordt - hoewel als algemene regel nergens in het B.W. te vinden - in het bestaande recht erkend en wordt wel gebaseerd op het beginsel, dat niemand meer recht kan verlenen dan hij zelf heeft (...). Zie ook hiervoor, par. 9.5.1 onder 4 en 6.

<sup>85</sup>HR 5 november 1896, W. 6882; HR 5 maart 1897, WPNR 1442 (1897), p. 451-454; zie ook hiervoor, par. 9.2.

<sup>86</sup>Zie voor deze ontwikkeling bijvoorbeeld N. De Beneditty, WPNR 2442-2444 (1916), Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 95, 96, en Toelichting Boek 7, p. 942.

<sup>87</sup>Men zie Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 36-37.

geleid of en in hoeverre het huurrecht als een goederenrechtelijk dan wel als een kwalitatief recht beschouwd moet worden. De grote vraag daarbij is hoe een dergelijke kwalificatie van het huurrecht zich zou verdragen met het gesloten systeem van goederenrechtelijke rechten.<sup>88</sup>

Een enkele maal wordt het huurrecht uitdrukkelijk als goederenrechtelijk recht aangeduid<sup>89</sup>, iets vaker als kwalitatief recht.<sup>90</sup> De consequenties van deze aanpak 'bij de bron' - het huurrecht is *naar zijn aard* goederenrechtelijk of kwalitatief - zouden zijn, dat een huurrecht ingeschreven zou dienen te worden in de openbare registers, dat de prioriteitsregel die geldt in het goederenrecht toepassing zou kunnen vinden en dat de artikelen 7A:1612 BW (opgevat als strekkende tot bescherming van de huurder) en 3:264 BW (opgevat als correctief op art. 7A:1612 BW) overbodig zijn.

---

<sup>88</sup> Vgl. Verbintenissenrecht (E.B. Rank-Berenschot), Art. 249-257.Alg., aant. 80.3, alwaar ook een uitgebreide literatuurvermelding.

<sup>89</sup> Zo bijvoorbeeld door Van Berckel, diss., p. 141 en in wezen ook door Opzoomer VII, p. 362-268, die spreekt van het bezit van een zakelijk recht, van welke omvang een dergelijk recht ook mag zijn (p. 362); zie voorts de verwijzingen bij Rank-Berenschot, t.a.p, en hiervoor, bij noot 37.

<sup>90</sup> In deze zin Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht (1994), nr. 873: '(..), zodat de huur, zijnde een kwalitatief recht, (..) Wellicht is bedoeld: het huurrecht is *tengolge* van art. 1612 kwalitatief, maar dat geeft de geciteerde tekst niet aan. Zie voorts bijvoorbeeld de hierboven in par. 9.5.1 onder 4 genoemde auteurs (Van Brakel, Suijling en wellicht ook Land).



Meestal echter wordt het recht van de huurder aangeduid als een persoonlijk recht, dat *tengevolge* van (in de eerste plaats<sup>91</sup>) art. 7A:1612 BW zekere goederenrechtelijke trekken heeft<sup>92</sup> dan wel kwalitatief genoemd moet worden.<sup>93</sup> De goederenrechtelijke dan wel kwalitatieve 'aard' van het huurrecht wordt dan gezien als gevolg van het bestaan en de werking van art. 7A:1612 BW. Het bestaan van dit artikel geldt als een feit, en het waarom ervan staat evenmin ter discussie. Maar dan ook komen de onduidelijkheden naar voren, wanneer (in literatuur en rechtspraak) wordt nagedacht over de werking van het artikel; dan dient er nagedacht te worden over de noodzaak en de werking van het huurbeding, neergelegd in art. 3:264 BW.

Ook dienen de mogelijke effecten van inschrijving van het huurrecht onder ogen gezien te worden.

### 9.6.2. *Inschrijving van het huurrecht?*

De kenbaarheid van het huurrecht is in het huidige recht voor de aanstaande hypotheekhouder zeer gering, althans, de openbare registers kan hij daartoe niet raadplegen. De wetgever achtte het niet verantwoord om huurders en pachters te belasten met de taak om voor inschrijving van huur- en pachtrechten zorg te dragen:

'(...) een taak waarvan niet vaststaat dat de groep van personen waaruit huurders en pachters plegen te komen daartoe zonder deskundige bijstand voldoende in staat is.'<sup>94</sup>

In overeenstemming hiermee bepaalt het huidige tweede lid van art. 3:17 BW, dat huur- en pachtovereenkomsten en andere feiten die alleen persoonlijke rechten geven of opheffen, slechts kunnen worden ingeschreven indien een bijzondere wetsbepaling dit toestaat.

Bij het ontwerpen van de titel over de inschrijvingen op registergoederen echter (afd. 3.1.2 BW) kondigde Meijers aan, dat het Ontwerp zou bepalen dat huur- en pachtovereenkomsten van een zekere duur kunnen worden ingeschreven en aldus een zekere werking tegen derden kunnen krijgen.<sup>95</sup> In de regeling die Meijers voor ogen stond<sup>96</sup> zou de inschrijving van een huur-

<sup>91</sup>Enkele andere 'veroorzakers' van een zakelijk huurrecht zijn bijv. de art. 7A:1592 en 7A:1623h; zie over deze artikelen Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), resp. de nrs. 36-37 en 15.

<sup>92</sup>Zo bijv. Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 15; Verbintenissenrecht (E.B. Rank-Berenschot), Art. 249-257. Alg., aant. 80.3.

<sup>93</sup>In laatstgenoemde zin bijv. Land V, p. 184-185.

<sup>94</sup>MvA II Inv. bij art. 3.1.2.2 (art. 3:17), Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1081. In soortgelijke zin MvA II bij art. 3.1.2.7 (art. 24) BW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 133: '(...), zoals een huurovereenkomst, waarbij raadpleging van de registers in de praktijk trouwens ook geen rol pleegt te spelen.', en Kamerlid Wolffensperger, Verslag van de Vaste Commissie voor Justitie, Boeken 3, 5 en 6 BW, UCV 76 (1 juni 1987), p. 76-18 l.k. Bij de beraadslagingen in de Tweede Kamer over de Pachtwet 1958 treft men ook argumenten aan betreffende de niet-zakelijke aard van het huur- en pachtrecht (het ontbreken van zaaksegevolg bij stornis door derden, van bezit(-sacties) en van een zakelijke rechtsvordering): vgl. Hand. II 1928-1929 (Bijl.), 437, nr. 3, p. 10-11; Hand. II 1929-1930 (Bijl.), 63, nr. 1, p. 2-3, 7; Hand. II 1956-1957 (Bijl.), 3884, nr 10, p. 3.

<sup>95</sup>TM bij art. 3.1.2.2, (het huidige art. 3:17), Toelichting Boek 3, p. 175; Parl. Gesch. Boek 3, p. 116. Zie uitgebreid omtrent één en ander TM bij de titels 7.4 en 7.5 (Huur en Pacht), Toelichting Boek 7, p. 907-908 (zie ook p. 941, onder 8 en p. 943, onder 11), alsmede Meijers' pleidooi voor inschrijving van huurrechten in zijn noot onder HR

of pachtovereenkomst niet constitutief zijn voor de geldigheid van een huur- of pachtrecht. Inschrijving zou slechts ten gevolge hebben, dat de huur of pachtverhouding overgaat op de verkrijger van het goed. Bij niet-inschrijving zouden de art. 7A:1612 BW en 34 Pw<sup>97</sup> werking ontberen, tenzij de huur of pacht zou zijn ingeschreven of de verkrijger deze huur of pacht kende. Met andere woorden: door de inschrijving zou de huurder of pachter zijn recht veiligstellen tegen verkrijgers onder bijzondere titel van de door hem gehuurde zaak. Bij niet-inschrijving zou zijn huur- of pachtrecht vervallen met de vervreemding. De verkrijger van de zaak zou een eerder ingeschreven huur- of pachtrecht moeten respecteren. Een beroep door de verkrijger op zijn goede trouw zou bij niet-raadpleging van de registers niet worden gehonoreerd (mits het huur- of pachtrecht was ingeschreven).<sup>98</sup>

Ook overigens is in de literatuur de mogelijkheid om het huurrecht in te schrijven meer dan eens ter sprake gekomen.<sup>99</sup> Recente pleidooien voor een mogelijkheid tot inschrijving van het huurrecht zijn bijvoorbeeld van Rodenburg<sup>100</sup> (verlijden van huurovereenkomst voor Huurcommissie, inschrijving huur in huurregister, verplichte waarschuwing huurder tegen huurbeding), van Van Dijke (inschrijving van een eventueel voorkeursrecht van de huurder bepleitend)<sup>101</sup>, van Van Velten<sup>102</sup>, van De Haan<sup>103</sup>, van De Jong<sup>104</sup> (die pleit voor alleen inschrijving van overeenkomsten betreffende huur van bedrijfsruimte) en van Asbreuk-van Os.<sup>105</sup>

Met betrekking tot de noodzaak en werking van de artikelen 7A:1612 en 3:264 lid 1 BW zijn de opmerkingen van Meijers het meest verstrekkend. Om deze reden zal aan diens opmerkingen hieronder verdere aandacht worden gegeven. Zijn systeem van inschrijven van huurrechten zou als volgt uitwerken:

-in de situatie 'eigendom - ingeschreven huur - overdracht': het huurrecht blijft in stand;

15 maart 1940, NJ 1940, 848, p. 1266 en zijn opmerkingen dienomtrent in zijn noot onder HR 22 februari 1929, NJ 1929, p. 1344. Zie ook zijn voorstel m.b.t. art. 3.1.1.9 lid 5 Ontwerp BW (3:9 BW), hierna in noot 99 gereleveerd.

<sup>96</sup>Zie voor een gelijk voorstel reeds Nelissen, diss., p. 276-280.

<sup>97</sup>Art. 34 Pachtwet 1958.

<sup>98</sup>Toelichting Meijers Boek 7, titels 7.4 en 7.5 (Huur en Pacht), p. 907-908.

<sup>99</sup>Zie bijvoorbeeld het pleidooi van Nelissen, diss., p. 249-251 en 275-280, met nadere literatuurverwijzingen en tevens het Duitse, Franse en Belgische recht besprekende; Enschedé, diss., p. 38-39. Zie voorts de literatuurvermelding bij Verbintissenrecht (E.B. Rank-Berenschot), Art. 249-257. Alg., aant. 80.4 onder a. Zie voor een vergelijkbaar pleidooi t.a.v. het pachtrecht, Pachtwet (Houwing/Heisterkamp), Art. 34, nr. 421. Een andere interessante toepassing van derdenwerking door inschrijving in dit verband wordt aangetroffen in het oorspronkelijk door Meijers voorgestelde maar niet ingevoerde vijfde lid van art. 3.1.1.9 (thans art. 3:9 BW), waarin de mogelijkheid werd geopend om een cessie of verpanding bij voorbaat van toekomstige vorderingen t.a.v. (burgerlijke) vruchten in te schrijven in de openbare registers. Zie hierover de literatuur genoemd in hoofdstuk 3, noot 10.

<sup>100</sup>P. Rodenburg, NJB 1981/25, p. 644-645.

<sup>101</sup>L.G. van Dijke, WPNR 5573 (1981), p. 486, l.k..

<sup>102</sup>Diss. (1982), p. 234, 241-244.

<sup>103</sup>P. de Haan, Kadaster congres-bundel, p. 59.

<sup>104</sup>J. de Jong (1992), p. 24.

<sup>105</sup>M.M. Asbreuk-van Os, WPNR 6383 (2000), p. 35, met reactie van J.H.M. van Erp en naschrift van M.M. Asbreuk-van Os, WPNR 6407 (2000), p. 456-457 resp. p. 458-459; M.M. Asbreuk-van Os, WR 2000, 10, p. 262-263.

## EEN RECHTSSYSTEMATISCHE VERKLARING?

- in de situatie `eigendom - niet-ingeschreven huur - overdracht': het huurrecht vervalt door de overdracht;
- in de situatie `eigendom - hypotheek - al dan niet ingeschreven huur - executie door hypotheekhouder' (`huur-na-hypotheek'): het huurrecht vervalt door de executie (oudste inschrijving gaat vóór);
- in de situatie `eigendom - ingeschreven huur - hypotheek - executie door hypotheekhouder': het huurrecht blijft in stand (oudste inschrijving gaat vóór);
- de situatie `eigendom - niet-ingeschreven huur - hypotheek - executie door hypotheekhouder': het huurrecht vervalt door de executie.

Uit Meijers' opvatting vloeit voort, zoals hierboven werd vermeld, dat bij niet-inschrijving de art. 7A:1612 BW en 34 Pw werking zouden ontberen. Uit zijn systeem zou echter evenzeer kunnen worden afgeleid, dat deze artikelen overbodig zijn. Immers:

- het huurrecht houdt alleen stand tegen een latere hypotheek indien het (huurrecht) is ingeschreven; het enkele feit dat het huurrecht ouder is dan het hypotheekrecht, kan geen rol spelen;
- inschrijving van een later huurrecht is niet tegenwerpbaar aan de hypotheekhouder, alleen een eerdere inschrijving geldt. Gekeken dient te worden naar het moment van de inschrijvingen; de prioriteitsregel kan dan toepassing vinden. Uit latere verhuur en inschrijving daarvan is ook geen `gedogen' door de hypotheekhouder af te leiden; een hypotheekhouder hoeft latere verhuur dus niet te verbieden. Instemming van een hypotheekhouder met verhuur moet expliciet blijken. Het is niet waarschijnlijk dat een hypotheekhouder een dergelijke expliciete toestemming snel zal afgeven. Uiteindelijk is de situatie dan zoals deze thans is<sup>106</sup>: een hypotheekhouder gedooft al dan niet stilzwijgend de verhuur en de inning van de huurpenningen door de verhuurder, maar wil tevens alle mogelijkheden openhouden die art. 3:264 BW hem biedt, om eventueel het pand onverhuurd te kunnen veilen.

Ook in de Toelichting op Boek 7<sup>107</sup> wordt betoogd, dat de regeling zoals voorgesteld door Meijers goed zou passen in het stelsel van goede trouw-bescherming, zoals in afdeling 3.1.2 met betrekking tot registergoederen is uitgewerkt.<sup>108</sup> Verzuim van inschrijving van de huur of pacht komt in deze regeling voor risico van de huurder of pachter, die zijn recht alsdan door vervreemding van het goed ziet vervallen. Een beroep door de verkrijger op onbekendheid met de huur of pacht wordt daarentegen niet aanvaard, wanneer de huur of pacht door raadpleging van de registers zou zijn gekend (art. 3:23 jo. art. 3:11). Een bijkomend voordeel zou zijn, dat ook de inhoud van huur- en pachtovereenkomsten, met name de huur- en pachtvoorwaarden, voor inschrijving vatbaar zouden zijn.<sup>109</sup> In meer recente beraadslagingen in het parlement is nog gesteld, dat de verdedigers van een zodanig stelsel daarbij vooral het oog hebben op de bescherming van latere verkrijgers tegen hen onbekende huur- en pachtovereenkomsten.<sup>110</sup>

Ondanks deze voordelen van inschrijving van huurrechten wordt de regeling van art. 7A:1612 BW (en art. 34 Pw.) in het Ontwerp gehandhaafd. De wetgever acht namelijk uit privaatrechtelijk oogpunt en uit praktische overwegingen geen dringende behoefte aan een

<sup>106</sup>Vgl. hoofdstuk 2, par. 2.5.

<sup>107</sup>Opgesteld onder leiding van Mr. F.J. de Jong.

<sup>108</sup>Toelichting Boek 7, titels 7.4 en 7.5, p. 907.

<sup>109</sup>Toelichting Meijers Boek 7, titels 7.4 en 7.5, p. 907, 943 onder 11.

<sup>110</sup>Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1081; zie ook p. 1078.

dergelijke regeling aanwezig. De vier redenen die hiertoe worden aangevoerd<sup>111</sup> zouden thans echter opnieuw kunnen worden beoordeeld tegen de achtergrond van de huidige samenleving en het (rechts-) denken daarin.<sup>112</sup>

De eerste reden was: de ingrijpende wijziging van de geldende rechtstoestand, die een andere benadering zou meebrengen. Die wijziging zou thans echter niet ingrijpend zijn: de huidige wet en praktijk bereiken in het huidige recht immers hetzelfde resultaat, maar via de onnodig gecompliceerde weg van de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW. De 'ingrijpende wijziging' zou bij inschrijving van het huurrecht eerder neerkomen op een denken in duidelijkheid, voorspelbaarheid en rechtszekerheid. Voorts zouden de betere inschatbaarheid van risico's en de toegenomen zekerheid voor kredietverleners, die het gevolg is van een eenduidiger systeem, een positieve invloed moeten hebben op

'de beschikbaarheid en (...) prijsstelling van het hypothecair krediet'<sup>113</sup>,

met alle gevolgen van dien voor woningbouw en andere financieringsactiviteiten.<sup>114</sup>

De tweede reden waarom Meijers' voorstel geen instemming vond betrof een niet-dringende behoefte vanuit privaatrechtelijk oogpunt. Opgemerkt werd bijvoorbeeld:

'immers, vooral bij vervreemding van landbouwobjecten is het al of niet verpacht zijn een zo essentieel punt, dat niet aan te nemen is dat een koper zich daaromtrent niet zekerheid verschafft en, zo er pacht blijkt te bestaan, niet inlichtingen omtrent de pachtvoorwaarden inwint.'<sup>115</sup>

Beziet men echter de hierboven genoemde voordelen van een eenvoudiger systeem, dan zou die behoefte met recht als wél-dringend kunnen worden geduid.

De derde reden was van logistieke en sociale aard: is het verantwoord om jaarlijks tienduizenden huurders te noodzaken hun huurrecht te doen inschrijven met het oog op bescherming tegen vervreemding van het gehuurde? Bovendien: zullen alle huurders en pachters die inschrijving wel verrichten, zulks mede gezien

'(...) de groep van personen waaruit huurders en pachters plegen te komen?'<sup>116</sup>

<sup>111</sup>Vgl. de Toelichting Meijers Boek 7, titels 7.4 en 7.5, p. 907-908 en p. 943 onder 11. Zie voorts Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1078 en 1081.

<sup>112</sup>Ook Asbreuk van Os, WPNR 6386 (2000), p. 35 noot 22 geeft aan dat op de destijds geuite bezwaren het nodige valt af te dingen. Reagerend op deze opmerking stelt de wetgever kortweg dat er geen reden is voor een hernieuwde overweging van de inschrijfbaarheid van huurrechten, TK 26 089, nr. 6, p. 29. Zie ook M.M. Asbreuk-van Os, WR 2000, 10, p. 262-263.

<sup>113</sup>Aldus J.F. Visser, in: 85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken (1991), p. 2.

<sup>114</sup>Visser, t.a.p., spreekt van 'aanverwante investerings- en consolidatiekredieten, zoals leasing'. Zie voorts over de marktwerking van hypothecair krediet bijv. de bijdrage van P.K. Bouwes Bavinck in dezelfde bundel (85 jaar NVH), p. 145; P.A. Stein, in: Onroerend Goed (1968), p. 325-368; W.M. Kleijn, in: Van wet naar recht (1984), p. 70-75.

<sup>115</sup>Toelichting Meijers Boek 7, titels 7.4 en 7.5, p. 907.

<sup>116</sup>Zie hierboven, bij noot 94.

## EEN RECHTSSYSTEMATISCHE VERKLARING?

Dit bezwaar zou ondervangen kunnen worden, behalve door de immer voortsnellende automatisering<sup>117</sup>, door een actieve en permanente voorlichting aan de betreffende 'doelgroepen'. Daarbij kan niet op voorhand gesteld worden, dat de huurders en pachters het belang van de inschrijving niet zouden inzien en dat de gang naar de registers zou uitblijven. Bovendien, zo dit toch het geval zou zijn en een executie in de situatie 'huur-na-hypotheek' zich zou voordoen, dan zou allereerst de eis gelden van voorafgaande toetsing door de president van de rechtbank (vgl. art. 3:264 lid 5 BW). Voorts kan gewezen worden op het leerstuk van art. 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid), dat de nodige grenzen stelt aan uitoefening van bevoegdheden door een hypotheekhouder.<sup>118</sup>

Een vierde reden voor niet-navolging van Meijers' voorstel betrof de uitvoering daarvan: de registratie van huur- en pachtrechten, alsmede de inpassing van één en ander in het (toentertijd) in voorbereiding zijnde Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Kadasterwet. De invoering van een regeling van inschrijving van huur- en pachtovereenkomsten zou een ingrijpende wijziging van de huidige rechtstoestand betekenen, terwijl de behoefte aan en het nut van een dergelijke regeling, mede gezien de kosten die voor de Staat aan één en ander verbonden zouden zijn, niet voldoende zou vaststaan.<sup>119</sup> Daar komt bij, zo werd opgemerkt, dat ten tijde van het schrijven van de Toelichting (welke is uitgegeven in 1972)

(..) niet is te overzien hoe een dergelijk stelsel zou moeten worden ingepast in een nieuw kadasterrecht, dat thans in voorbereiding is. Met name is onzeker in hoeverre de inrichting van een pacht- en eventueel ook huurkadaster voor publiekrechtelijke doeleinden in het voornemen ligt.<sup>120</sup>

Elders werd als bezwaar nog aangevoerd, dat het te ver zou gaan

(..) om de openbare registers te belasten met inschrijvingen van persoonlijke rechten van huur en pacht ter wille van het veilig stellen van de rechten van de oudste huurder. Zulks mede gezien het feit dat analoge toepassing van artikel 3.11.2a (art. 3:298 BW, RW) mogelijk zal zijn indien ten aanzien van een zelfde goed twee overeenkomsten van huur of pacht zijn gesloten;(..)<sup>121</sup>

<sup>117</sup>Zie in deze optimistische zin ook reeds de wetgever, VV II Inv. en MvA II Inv. ad art. 3.1.2.2 (art. 3:17 BW, Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1077-1082. Anders J. de Jong (1992), p. 24, die dit argument accepteert voor huurders van woonruimte, maar stelt dat het niet opgaat voor huurders van bedrijfsruimte. De laatste categorie huurovereenkomsten dient daarom volgens deze schrijfster wel ingeschreven te worden. De erkenning van de moeilijkheid voor huurders van woonruimte door De Jong is opmerkelijk, omdat zij tegelijkertijd de 'stormachtige ontwikkelingen' op het gebied van de geautomatiseerde gegevensverzameling signaleert (p. 9, zie ook p. 30, 32).

<sup>118</sup>Zie hierover W.M. Kleijn, noot onder HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 (Albers/Assmann en Donck); G.J. Visser, WPNR 5409 (1977), p. 629-634, de reacties van D. Botje en G.N. Nelemans, WPNR 5425 (1978), p. 158-159 resp. 159-160, met naschrift van Visser op p. 160.

<sup>119</sup>Toelichting Boek 7, titel 7.4-5, p. 907; zie voorts p. 943 onder 11. Zie voorts Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1078 en 1081.

<sup>120</sup>Toelichting Meijers Boek 7, titels 7.4 en 7.5, p. 907.

<sup>121</sup>Parl. Gesch. Boek 3 Inv. (3, 5 en 6) ad art. 3.1.2.2 (art.3:17 BW), p. 1078; zie voorts p. 1081-1082 en ook p. 1397 (ad art. 3:298).

Op deze bezwaren kan geantwoord worden met wederom een verwijzing naar de mogelijkheden die automatisering thans reeds biedt en bovendien met de opmerking, dat inpassing in inmiddels bestaande wetten nu wél een hernieuwde studie waard zou zijn.

Daarbij moet opgemerkt worden, dat Meijers' benadering niet alleen mogelijkheden biedt bij de 'verkrijging' door een huurder of pachter van een registergoed (hoewel daar wellicht, zoals in het laatste citaat werd opgemerkt, voor de in art. 3:298 BW geregelde gevallen een analoge toepassing van dat artikel al uitkomst zou kunnen bieden). Grote voordelen qua duidelijkheid en rechtszekerheid zouden ook te behalen zijn in de thans door de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW bestreken situatie 'huur-na-hypotheek'. De uitwerking zou zowel voor een hypotheekhouder als een huurder helder en eenvoudig zijn. Het huurrecht zou kenbaar (kunnen) zijn uit de registers, zoals het hypotheekrecht dat ook is. Die kenbaarheid van het huurrecht zou tegenwerpbaarheid jegens derden-verkrijgers (onder bijzondere titel) van het verhuurde goed meebrengen (zie bijvoorbeeld art. 3:24 en 3:26 BW<sup>122</sup>), terwijl het huurrecht overigens desgewenst persoonlijk van aard zou blijven. Een eerder ingeschreven huurrecht zou een hypotheekhouder dan moeten respecteren, een later zou hij *kunnen* doen vervallen, indien zijn belang bij verhaal wegens verleende kredieten dit mee zou brengen. Een al of niet aanwezig zijn van dit belang zou - bij verhuur van woonruimte - aan voorafgaande toetsing kunnen zijn onderworpen van de president van de rechtbank, één en ander op de voet van de regeling die thans is neergelegd in art. 3:264 lid 5-6 BW. Immers, de mogelijkheid bestaat dat het vervallen van het huurrecht en de ontruiming niet nodig zijn in verband met de te verwachten opbrengst; een toetsing door de president strekt in het belang van de bedreigde huurder.

Geconcludeerd kan worden, dat door inschrijving van het huurrecht zoals voorgesteld door Meijers niet alleen de oorzaak van de problematiek in de situatie 'huur-na-hypotheek' zou worden weggenomen, maar dat art. 7A:1612 BW ook in de omgekeerde situatie, 'hypotheek-na-huur', overbodig zou zijn. Het standpunt van de wetgever is echter van dien aard, dat het vooralsnog weinig waarschijnlijk is dat de mogelijkheid van inschrijving van een huur- of pachtrecht in een wetsbepaling wordt neergelegd. Een toepassing van de prioriteitsregel in de situaties 'hypotheek-na-huur' en 'huur-na-hypotheek', waarbij het moment van inschrijving van het recht de 'voorrang' bepaalt, blijft daarmee eveneens in de wachtkamer. De huidige regeling van art. 7A:1612 BW (art. 34 Pw), die vele onduidelijkheden en op het eerste gezicht de noodzaak van een huurbeding voor de hypotheekhouder meebrengt, zal in het Ontwerp-BW worden overgenomen (art. 7:226). Dat een huur- of pachtrecht naar zijn aard als een goederenrechtelijk of kwalitatief recht zal worden aangemerkt, zodanig, dat een inschrijving voor de *geldigheid* van het huur- of pachtrecht een vereiste wordt, mag (dan ook) als nog minder waarschijnlijk worden betiteld.

## 9.7. Oud-Hollands recht?

---

<sup>122</sup>Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 133: indien het huurrecht voor inschrijving vatbaar is, is art. 3:24 BW ook op dit huurrecht van toepassing; alsdan geldt ook niet langer de opmerking op deze pagina, dat raadpleging van de registers bij huurovereenkomsten in de praktijk nauwelijks een rol speelt. De inschrijfbaarheid van huurrechten kan soortgelijke toepassing vinden op de door art. 3:26 BW geregelde situaties. Zie over deze materie uitgebreid Van Straaten (1992), p. 187-188, 202-206.

9.7.1. Art. 7A:1612 BW is een erkenning van een beginsel van oud-Hollands recht

Het is gebruikelijk, art. 7A:1612 BW te zien als een *correctie* op geldende beginselen in het burgerlijke recht. Die beginselen zouden zonder die correctie meebrengen, dat een bestaand huurrecht door een latere 'koop' (levering) zou worden 'gebroken' ('koop breekt huur').<sup>123</sup> Soms echter wordt de verklaring of plaatsing van art. 7A:1612 BW gezocht in het oud-Hollandse recht, waarin het 'koop breekt geen huur' als *beginsel* zou zijn voorgekomen.<sup>124</sup> In dat geval kan men zich afvragen of de algemeen veronderstelde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW óók in de situatie 'huur-na-hypotheek', te herleiden is tot een dergelijk beginsel van oud-Hollands recht.

Hiervoor, in hoofdstuk 8 is beschreven hoezeer de werkelijkheid in het recht der lage landen per regio verschilde met betrekking tot de (later, vanaf 1838) door art. 7A:1612 BW bestreken problematiek. Zowel 'koop breekt huur' als 'koop breekt geen huur' kwamen voor, als uitersten, soms zelfs naast elkaar in één stad, maar ook in vele tussenvormen. Hugo de Groot stelt echter in zijn Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid:

'Dat het recht van huur ende verhuuring in ende uitgaet op des huurders ende verhuurders erfghenaem, kan uit het ghemeene recht van de overkoninghe verstaen werden: By ons werd verder ghebruickt, dat oock den koper de huire by sijnen verkooper gemaect moet laten volghen, waer van hier vooren is gesproken: (.)'<sup>125</sup>

Uit het gemene recht zou voortvloeien, dat koop geen huur breekt. Studies, verricht naar deze paragraaf bij De Groot, bevestigen deze opvatting met verwijzingen naar andere artikelen van De Groot en naar literatuur en jurisprudentie<sup>126</sup>; deze 'leer' zou vooral hebben gegolden in Holland en Zeeland. Gezien de eerder beschreven geschakeerde rechtswerkelijkheid is het echter niet waarschijnlijk, dat buiten die beide gebieden de regel 'koop breekt geen huur' zo algemeen heeft gegolden, dat men zou kunnen spreken van een algemeen rechtsbeginsel. Art. 7A:1612 BW moge te herleiden zijn tot een oud-Hollandse en oud-Zeelandse regel, maar of het artikel is terug te voeren op een rechtsbeginsel van oud-Vaderlands recht, is zeer twijfelachtig.<sup>127</sup> (De wetgever heeft overigens de vraag naar de plaats van art. 7A:1612 BW onbeantwoord gelaten, vgl. hiervoor, paragraaf 9.2).

<sup>123</sup>Vgl. hiervoor, hoofdstuk 1, par. 1.2.3 en hoofdstuk 8, paragraaf 8.4 en 8.6.

<sup>124</sup>Vgl. voor een dergelijke verwijzing, met literatuur, bijvoorbeeld Land V, p. 182 en ook Hugo de Groot, hieronder te bespreken. Zie ook het overzicht bij Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 88, alsmede hiervoor, hoofdstuk 8, par. 8.6.

<sup>125</sup>Inleidinge, Deel I, B.III.D.19 par. 16.

<sup>126</sup>De Groot, Inleidinge, Deel II, p. 276-277; Dovring, Fischer en Meijers (1965), p. 255-256 (met verwijzingen naar diverse andere artikelen uit De Groot's Tweede Boek, 'Van Beheering', 44e deel 'Van bruick', en Derde Boek 'Van Inschuld' (omvattende o.m. Verbintenissen in het algemeen en borgtocht).

<sup>127</sup>In deze zin Asser-Kamphuisen-Van Andel (1960), p. 260-262, daarin de conclusie bestrijdend van Nelissen, diss., p. 255-257, die aldaar concludeert, dat de BW-wetgever in 1833 met de vervanging van art. 1743 C.C. door art. 7A:1612 BW heeft willen terugkeren tot het oud-Vaderlands recht. In werkelijkheid berusten beide artikelen en de oud-Vaderlandse coutumes op dezelfde overwegingen van opportuniteit en billijkheid, aldus Asser-Kamphuisen-Van Andel.

### 9.7.2. De situatie 'huur-na-hypothec'

Het voert, gezien het vorenstaande, te ver om de algemeen veronderstelde werking van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypothec' te herleiden tot een beginsel van Oud-Hollands recht. Art. 7A:1612 BW zou dan slechts de uitdrukking zijn van dit beginsel en bovendien zou het artikel moeten zien op iedere 'koop' (eigendomsovergang), óók wanneer deze teweeggebracht zou worden door een hypotheekhouder krachtens een aan het huurrecht *anterieur* recht. Voor een dergelijke, verstrekkende conclusie is rechtshistorisch zeer waarschijnlijk geen basis aanwezig, zoals hiervoor in hoofdstuk 8 bleek. Hier komt nog bij, dat de ontwikkeling van het hypotheekrecht als financieringsinstrument iets is van (globaal aangeduid) de negentiende en twintigste eeuw.<sup>128</sup> Het is dan moeilijk denkbaar, dat bij de totstandkoming van een dergelijk beginsel is beoogd óók die huurder te beschermen, die een anterieure hypotheekhouder tegenover zich vindt.

## 9.8. Verbintenis uit de wet?

### 9.8.1. Het voortduren der huur ex art. 7A:1612 BW is een verbintenis uit de wet

Verdedigd is, dat de koper aan de huurverhouding gebonden wordt 'uit de wet', namelijk op grond van art. 7A:1612 BW, en niet vanwege een overeenkomst met de huurder of de verkoper. Het artikel zou op de koper van een verhuurd goed een wettelijke verbintenis leggen de huur gestand te doen. Deze opvatting kwam reeds voor in de vorige eeuw<sup>129</sup>, maar werd ook in 1961 naar voren gebracht.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup>Zie bijv. Faber (1862), *Hypothec en de hypotheekbanken in Nederland*, Rotterdam 1862; *Overzicht 1891-1916*, Vijf en twintig boekjaren van Naamloze Vennootschap "De Haarlemsche Hypothecbank, aangeboden als herinnering aan 18 juli 1916, Rotterdam 1916. Vermeld wordt in dit laatste werk op p. 14, dat gedurende de jaren 1891-1916 hypothecaire leningen werden gesloten tot een totaalbedrag van f. 44.009.210,-, verdeeld over in totaal 5620 leningen. Ook de ontwikkeling van het huurbeding (vanaf 1820, zie hoofdstuk 1, paragraaf 1.3) wijst in deze richting. Zie voorts het overzicht in *Mon. Nieuw BW B-12b* (Huijgen), p. 3-5.

<sup>129</sup>A.F.A. Leesberg, *Themis* 1876, p. 325-332; *Opzomer VII* (1881), p. 362-363, wijst deze opvatting van de hand.

<sup>130</sup>A.R. de Bruijn, *RM Themis* 1961, p. 98 e.v., 108-110.



## EEN RECHTSSYSTEMATISCHE VERKLARING?

Het verschil in bron - wet of overeenkomst - zou een verschil in rechtsgevolg met zich brengen. Komt de verbintenis voort uit overeenkomst, dan dienen de hiervoor<sup>131</sup> beschreven moeilijkheden zich aan in verband met het 'relativiteitsbeginsel' (art. 1376 Oud BW, overeenkomsten kunnen alleen partijen binden) en het onderscheid in goederen- en verbintenissenrecht (een goederenrechtelijk recht van eigendom of hypotheek gaat in beginsel vóór een persoonlijk recht van huur).

Ontspringt de verbintenis uit de wet, dan onttrekt deze (art. 7A:1612 BW) de huurovereenkomst aan de basisregels van verbintenissen- en goederenrecht. De koper/opvolgende verkrijger is dan aan de huur gebonden; de gerechtigde tot een eerder gevestigd hypotheekrecht moet het huurrecht respecteren.<sup>132</sup>

'Met de stelling dat de onderzetter ten nadele van de hypotheekhouder geen zakelijke rechten kan vestigen is dus met betrekking tot een door hem na de onderzetting gesloten huurcontract niets te beginnen.'

aldus De Bruijn.<sup>133</sup>

### 9.8.2. De situatie 'huur-na-hypotheek'

De hier beschreven opvatting over de werking van art. 7A:1612 BW lijkt op het eerste gezicht de verplichting voor de hypotheekhouder om een later huurrecht in de situatie 'huur-na-hypotheek' in stand te laten, te kunnen onderbouwen. Art. 3:264 BW zou in deze benadering eveneens 'dringend gewenst'<sup>134</sup> zijn.

De 'verbintenis uit de wet' die art. 7A:1612 BW zou bewerkstelligen, kan echter niet op instemming rekenen. Zo betoogt Roes<sup>135</sup>, dat de wet

'(.) zoals zij door de makers werd bedoeld en geïnterpreteerd, (.)'

deze uitzonderlijke eigenschappen aan de uit *overeenkomst* van huur en verhuur ontstane rechtsfiguur geeft. Dat zulks desondanks een gebondenheid van de opvolgende eigenaar door een verbintenis uit de wet zou meebrengen, is niet in overeenstemming met het gangbare begrip 'verbintenis uit de wet', aldus Roes.

Ook Van Oven<sup>136</sup> wijst de benadering door De Bruijn van de hand, stellende dat de wet de opvolgend eigenaar aanwijst als rechtsopvolger van de verhuurder ten aanzien van verbintenissen *uit overeenkomst*. Het toch al zo weinig scherpe onderscheid tussen verbintenissen uit de wet en uit overeenkomst zou alsdan verder doorwerken dan het verdient. Van Oven acht het mogelijk om art. 7A:1612 BW zodanig beperkt op te vatten, ook al zou het verbintenissen uit de wet opleggen, dat het prioriteitsbeginsel onaangetast blijft.

<sup>131</sup>Par. 9.3.

<sup>132</sup>Zoals Roes, diss., p. 93, opmerkt.

<sup>133</sup>A.w., p. 109.

<sup>134</sup>Aldus De Bruijn, a.w., p. 109.

<sup>135</sup>Diss., p. 93.

<sup>136</sup>Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 178-179; in dezelfde zin Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 262.

Overigens heeft de benadering evenmin veel bijval gevonden in de literatuur.<sup>137</sup>

Aan de hier weergegeven bezwaren kan de volgende bedenking worden toegevoegd. De verklaring voor de inroepbaarheid van het huurrecht jegens de hypotheekhouder in de situatie 'huur-na-hypotheek' luidt: art. 7A:1612 BW legt aan de koper een verbintenis op de huur gestand te doen, ook wanneer het de hypotheekhouder is die executeert. Een dergelijke stelling impliceert, dat de door het artikel gecreëerde 'verbintenis uit de wet' onder ogen is gezien en is beoogd door de wetgever. Dit is echter niet zeer waarschijnlijk, gezien de ontstaansgeschiedenis en strekking van art. 7A:1612 BW. Met dit artikel is namelijk niet méér beoogd, zo mag men aannemen<sup>138</sup>, dan de onbillijkheid weg te nemen die voor de huurder zou ontstaan, indien een opvolgend eigenaar van een verhuurd goed op grond van zijn goederenrechtelijke eigendomsrecht het eerdere, maar persoonlijke huurrecht zou kunnen negeren. Nu is er op het eerste gezicht ook bij de executie door een hypotheekhouder sprake van 'koop-na-huur' (een koper/opvolgend eigenaar van een verhuurd goed wordt geconfronteerd met een eerder huurrecht), maar dat die uiterlijke gelijkens verder gaat in die zin, dat met art. 7A:1612 BW óók beoogd is de executie door een ouder gerechtigde hypotheekhouder te bestrijken, is niet aannemelijk.

Een argument voor deze niet-aannemelijkheid is, dat ten tijde van het ontstaan van art. 7A:1612 BW de gedachten omtrent het rechtskarakter van de executieverkoop zich ontwikkelden in de richting van de 'mandaatsleer'.<sup>139</sup> Deze leer bestempelde de uitwinnende hypotheekhouder als een soort vertegenwoordiger van de eigenaar van het verhuurde goed: de koper koopt 'rechtstreeks' van de eigenaar die wordt uitgewonnen door de hypotheekhouder; de laatste valt er als vertegenwoordiger 'tussenuit' en doet het goed overgaan in de rechtstoestand waarin het zich bevond ten tijde van de executie en dat was: het goed werd éérs verhuypothekeerd en daarna verhuurd. Het is niet waarschijnlijk, dat óók in deze constellatie werd aangenomen, dat het latere huurrecht moest prevaleren boven het eerdere hypotheekrecht. In deze leer zou dan geen ruimte zijn voor toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek'. Een 'verklaring' voor die toepasselijkheid met de redenering, dat art. 7A:1612 BW het huurrecht als een verbintenis uit de wet oplegt aan de koper en daarmee ook aan de - eerdere - hypotheekhouder, is dan evenmin mogelijk.

Voor de hier gewraakte benadering - art. 7A:1612 BW creëert een verbintenis uit de wet - bestaat bovendien alleen aanleiding, indien wordt uitgegaan van de 'executieleer'. In deze leer wordt de hypotheekhouder geacht het (verhuurde) goed te verkopen krachtens een eigen recht; het is de hypotheekhouder zélf die verkoopt; hij ook is de wederpartij van de koper, niet de uitgewonnen eigenaar.<sup>140</sup> Het accent van de redenering ligt hier noodzakelijkerwijs op het moment van executie: dán namelijk is er sprake van een 'koop-na-huur' en kan de eigenlijke art. 7A:1612 BW-redenering, 'koop breekt geen huur', toepassing vinden. Dán echter is het onontkoombaar, dat het moment van hypotheekvestiging uit het oog wordt verloren. Dán ook wordt het stelsel van goederen- en verbintenissenrecht doorbroken, op grond waarvan een eerder hypotheekrecht - zowel als goederenrechtelijk recht als op grond van de prioriteitsregel

<sup>137</sup>Zie bijv. in afwijzende zin Opzoomer VII, p. 362-363; Diephuis XII, p. 163; Roes, diss., p. 93. In de richting van een verbintenis uit de wet gaat Kappeyne van de Coppello, Themis 1884, p. 94-95, waar hij spreekt van een in de wet (art. 1612 BW) neergelegde partijwil; zie hierna, par. 9.9.

<sup>138</sup>Zie hiervoor, hoofdstuk 1, par. 1.2.3 en hoofdstuk 8, par. 8.6 en 8.7.

<sup>139</sup>Vgl. Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 198-203.

<sup>140</sup>Zie over de kwestie 'mandaats- of executieleer' (het overzicht) bij Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), t.a.p..

## EEN RECHTSSYSTEMATISCHE VERKLARING?

(a fortiori toegepast) - een later huurrecht zou kunnen negeren. Dán ook wordt de regel, dat bestaande rechten geëerbiedigd dienen te worden (de eigenlijke toepassing van art. 7A:1612 BW) buiten beschouwing gelaten.

Samengevat: de hier gewraakte benadering is volstrekt niet noodzakelijk. Nodig is zij alleen, indien men art. 7A:1612 BW van toepassing wil doen zijn op de situatie 'huur-na-hypotheek'. Alleen indien art. 7A:1612 BW toepassing moet vinden op de situatie 'huur-na-hypotheek', is er ruimte voor een 'verklaring' met: art. 7A:1612 BW schept een verbintenis uit de wet; een huurbeding is dringend gewenst.

Deze conclusie kan geïllustreerd worden met een citaat van de hier besproken aanhanger van deze opvatting, De Bruijn<sup>141</sup>:

'Het verhuren van een goed is nu eenmaal een obligatoir contract en niet de vestiging van een zakelijk recht. Indien art. 1612 B.W. niet bestond (en hetzelfde geldt voor art. 34 Pachtwet), zou een hypotheekhouder nimmer overlast van een door de onderzetter na de vestiging der hypotheek afgesloten huurcontract kunnen ondervinden. *Nu art. 1612 B.W. eenmaal bestaat*, legt het de verplichtingen van de oorspronkelijke verhuurder aan diens opvolger onder bijzondere titel op. Voor die opvolgende eigenaar ontstaat hier veeleer een verbintenis uit kracht der wet dan een rechtsgevolg als ware er door zijn voorganger in de eigendom een zakelijk recht gevestigd. Met de stelling dat de onderzetter ten nadele van de hypotheekhouder geen zakelijke rechten kan vestigen is *dus* met betrekking tot een door hem na de onderzetting gesloten huurcontract niets te beginnen. Het is de wet, die de verplichtingen uit de huurovereenkomst aan de opvolgende eigenaar in het verhuurde goed oplegt. *Daarom* is art. 1230 B.W. een nuttige bepaling en is het dringend gewenst in de hypotheekake de onderzetter te verbieden het bezwaarde goed zonder schriftelijke toestemming van de hypotheekhouder te verhuren.' (cursiveringen RW).

De redenering van De Bruijn is in haar geheel geciteerd om duidelijk te maken, hoe in dit geval uitgekomen wordt bij 'toepasselijkheid' van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek': men zie de gecursiveerde gedeelten in het citaat. Het bestaan en de noodzaak van het huurbedingartikel 1230 BW (art. 3:264 BW) voor deze situatie wordt hier 'gerechtvaardigd' met de mededeling: 'Nu art. 1612 B.W. eenmaal bestaat'.

Het is welhaast overbodig om te stellen, dat een dergelijke redenering de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek' niet kan onderbouwen.

## 9.9. Diverse grondslagen?

### 9.9.1. Verplichtingen van de verhuurder/billijkheid/onecht derdenbeding

In zijn opstel in Themis (1884)<sup>142</sup> voert Kappeyne van de Coppello enkele gronden aan ter verklaring en plaatsing van art. 7A:1612 BW.

1.Art. 7A:1612 BW bevat de toepassing van een algemeen beginsel, inhoudende, dat de verhuurder moet waken voor het belang van de huurder, in het bijzonder door de gestanddoening te waarborgen van de verbintenis tot verschaffing van het huurgenot. Deze

---

<sup>141</sup>A.w., p. 109.

<sup>142</sup>P. 74-95.

verbintenis moet worden nagekomen door de erfgenamen van de verhuurder, maar ook door diens rechtsopvolgers onder bijzondere titel, aan wie hij deze verplichting bij contract of beschikking had kunnen opleggen.<sup>143</sup> In gelijke zin betoogt, in 1920, Dullemond<sup>144</sup>:

'Een zelfstandig beginsel is hiermede dus in ons Wetboek gelegd, het beginsel, dat het den verbondene door vervreemding van het goed, ten opzichte waarvan hij de verplichting op zich heeft genomen, niet indirect vrij mag staan zich aan zijne verplichting te onttrekken.'

Dullemond doelt op een onttrekken aan de verhuurdersverplichting uit de huurovereenkomst door het verhuurde goed te legateren of over te dragen.<sup>145</sup> Een gelijke redenering wordt reeds in 1880 gevolgd door Nelissen (bij de bespreking van het Romeinse recht), maar deze spreekt (nog) niet van een 'beginsel'<sup>146</sup>:

'(..) zoodra men tevens op het regt des huurders let, springt de grove onbillijkheid in 't oog. Immers verkreeg deze door de overeenkomst het regt, om 't gehuurde te blijven gebruiken en genieten, gedurende den tijd bij 't contract bepaald, verkort en gekrenkt wordt hij in dit regt, zoo hij binnen den tijd tot ontruiming wordt gedwongen. En nog wel door eene vrijwillige daad van den verhuurder zelve, wordt hem zijn regt ontnomen; (..).'

2. Het algemeen beginsel, in art. 7A:1612 BW neergelegd, is (mede) geïnspireerd door 'ons natuurlijk billijkheidsgevoel'. In het Romeinse recht gold veelal de opvatting, dat door aan de huurder de schade van diens verdrijving uit het gehuurde te vergoeden, de balans tussen hem en zijn verhuurder was hersteld en de huurder werd geacht geen nadeel te hebben; de rechtsontwikkeling leert echter, dat het billijkheidsgevoel zich hiertegen verzet, omdat de huurder het huurgenot wordt onthouden.<sup>147</sup>

---

<sup>143</sup>A.w., p. 86-87, 95.

<sup>144</sup>Diss., p. 161.

<sup>145</sup>Vgl. Verbintenissenrecht (E.B. Rank-Berenschot), Art. 249-257. Alg., aant. 80., p. 193.

<sup>146</sup>Diss., p. 9.

<sup>147</sup>Kappeyne van de Coppello, a.w., p. 86.

3. Art. 7A:1612 BW is de codificatie van een sinds het Romeinse recht bestaande rechtsfiguur, waarbij de verkoper in zijn eigen belang bij de verkoop het beding deed opnemen, dat de koper de huur gestand zou doen (het zg. 'onechte' derdenbeding<sup>148</sup>).<sup>149</sup> De werking van art. 7A:1612 BW is geen andere dan die van het genoemde beding: de koper treedt (eerst krachtens partijwil, nu krachtens wetbepaling) in de rechten van de verkoper tegen de huurder, de huurder kan de koper aanspreken tot verschaffing van het huurgenoet (zie over de verhouding tot art. 1376 (Oud) BW hiervoor, paragraaf 9.4). Art. 7A:1612 BW leidt tot een rechtsband tussen koper en huurder, evenals vroeger het geval was bij het 'onechte' derdenbeding. Het moment waarop het artikel zijn werking doet gevoelen is de verkoop, en niet de eigendomsovergang.

### 9.9.2. De situatie 'huur-na-hypothek'

Indien nagegaan moet worden, of de bovenstaande drie 'grondslagen' een verklaring kunnen vormen voor de algemeen veronderstelde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypothek', moet worden vooropgesteld dat Kappeijne van de Coppello de gevolgen van zijn opvatting(en) over art. 7A:1612 BW voor deze situatie (lees: voor de toepasselijkheid van het huurbeding) in het geheel niet behandelt. Dullemond geeft dienaangaande wel zijn mening. Hij beschouwt art. 1230, evenals art. 7A:1612 BW, als een door de wetgever ingelaste beschermingsmaatregel ten behoeve van een specifieke 'doelgroep'. De wetgever kende aan die te beschermen belangen - van respectievelijk de hypotheekhouder en de huurder - meer gewicht toe dan aan de handhaving van beginselen van vermogensrecht als dat van bijvoorbeeld art. 1376 lid 1 (Oud) BW (het 'relativiteitsbeginsel').<sup>150</sup> Aldus geeft deze schrijver slechts de status quo van het geldende recht weer: zowel art. 1230 als art. 7A:1612 BW zijn ten behoeve van een specifieke 'doelgroep' ingelast. Een aanleiding tot, of een verklaring van een eventuele toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypothek' is uit de mededeling niet af te leiden.

Hoe zouden de door Kappeijne van de Coppello genoemde 'grondslagen' van art. 7A:1612 BW uitwerken in de situatie 'huur-na-hypothek'?

De eerste houdt in, dat de verhuurder krachtens art. 7A:1612 BW moet waken voor het belang van de huurder. Nakoming van de verbintenis tot verschaffing van het huurgenoet moet bovendien geschieden door de erfgenamen van de verhuurder en door diens rechtsopvolgers onder bijzondere titel, aan wie hij deze verplichting bij contract of beschikking had kunnen opleggen. Niet duidelijk is, of dit 'waken voor het belang van de huurder' daarmee ook gevegd kan worden van de hypotheekhouder die zich geconfronteerd ziet met een latere verhuuring op

---

<sup>148</sup>Vgl. hiervoor, hoofdstuk 8, par. 8.4.2 en 8.6.1.

<sup>149</sup>A.w., p. 74-75, 94-95. In deze zin over art. 1743 CC (de voorloper van art. 7A:1612 BW) ook C. Enschedé, diss., p. 21.

<sup>150</sup>Dullemond, diss., p. 160-162. Schrijver bestrijdt de benadering, dat de artikelen 1230 en 1612 een uitzondering zouden vormen op de regel, neergelegd in het eerste lid van art. 1376 (Oud) BW. Dit artikellid verwees namelijk niet, zoals het tweede lid, naar wettelijke uitzonderingen op de regel van het eerste lid. Omtrent o.a. de artikelen 1612 en 1230 schrijft Dullemond: 'De belangen in deze artikelen voergestaan, waren hem (de wetgever, RW) meer waard, dan de handhaving van het dogma, elders door hem verkondigd.'

een zodanige wijze, dat die latere verhuring 'in beginsel' ex art. 7A:1612 BW jegens hem inroepbaar is.

De tweede grondslag betreft 'ons natuurlijk billijkheidsgevoel'. Dit verzet zich er volgens Kappelijne van de Coppello tegen om de ontruimde huurder met een schadevergoeding voldoende gecompenseerd te achten, waar deze het huurgenot moet opgeven. Een dergelijke redenering zou steun kunnen bieden aan een preventieve toetsing, door de president van de rechtbank, van een voorgenomen ontruiming door de hypotheekhouder (vgl. het huidige art. 3:264 lid 5-6 BW). Onnodige ontruiming van huurders dienen immers (uiteraard) voorkomen te worden. Betwijfeld kan echter worden, of de redenering ook de grondslag zou kunnen vormen voor een *beginselmatige* toepassing van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek'. In een dergelijke toepassing, die in het huidige recht lijkt te gelden, is een later huurrecht steeds tegen te werpen aan een hypotheekhouder, tenzij deze een huurbeding kan inroepen. De geschiedenis van art. 7A:1612 BW biedt voor een zodanige herleiding, alleen op grond van 'ons natuurlijk billijkheidsgevoel', geen aanknopingspunten.<sup>151</sup>

Uit de derde grondslag - de werking van art. 7A:1612 BW is geen andere dan die van het 'onechte' derdenbeding - is evenmin een verklaring af te leiden voor de algemeen veronderstelde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek'. Immers, dit beding zou hierin bestaan hebben, dat de verkoper in zijn eigen belang bij de verkoop van de koper gestanddoening van de huur eiste. De redenering van Kappelijne van de Coppello is nu: de koper treedt in de rechten van de verkoper tegen de huurder (eerst, in het Romeinse recht, krachtens partijwil, nu krachtens art. 7A:1612 BW) en de huurder kan de koper aanspreken tot verschaffing van het huurgenot. Art. 7A:1612 BW leidt aldus tot een rechtsband tussen de koper en de huurder. Het moment waarop het artikel zijn werking doet gevoelen is dat van de verkoop, en niet de eigendomsvergang.

Indien uit deze redenering enige toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek' afgeleid zou moeten worden, zou er een 'vertaling' moeten plaatsvinden, naar de executerende hypotheekhouder, van het bedingen door de verkoper bij verkoop. In de 'mandaatsleer' zou hiervan op het eerste gezicht nog sprake kunnen zijn<sup>152</sup>: in deze (verlaten) leer wordt de geëxecuteerde gezien als degene die verkoopt en die, indien al mogelijk bij executie door de hypotheekhouder, het beding ten behoeve van de huurder maakt. Niet goed te verklaren is dan echter, hoe een geëxecuteerde *op het moment van verkoop* ten voordele van het huurrecht (dat is verleend ná de hypotheekvestiging) kan bedingen, of reeds bedongen kan hebben. Het resultaat zou dan nóg verderstrekken dan in de heersende uitleg van art. 7A:1612 BW het geval is. Thans wordt een later huurrecht krachtens dit artikel geacht voor te gaan boven een bestaand hypotheekrecht. De redenering in de mandaatsleer zou meebrengen dat niet alleen het latere huurrecht, maar ook een later obligatoir beding ten behoeve van een latere huurder het reeds bestaande goederenrechtelijke hypotheekrecht zou kunnen frustreren. Het is niet aannemelijk dat deze redenering de verklaring zou kunnen vormen voor de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek'.

In de 'executieleer', die tegenwoordig wordt aangehangen, is het de hypotheekhouder die executeert of uitwint. Hij is de verkoper, en zal niet 'van nature' in het belang van de huurder nakoming bedingen van de huurovereenkomst door de koper. Een verklaring in deze zin, via een 'onecht derdenbeding' gemaakt door de hypotheekhouder, van de algemeen veronder-

<sup>151</sup>Zie hiervoor, hoofdstuk 8.

<sup>152</sup>Zie over het onderscheid mandaats-/executieleer Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 198-203.

## EEN RECHTSSYSTEMATISCHE VERKLARING?

stelde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypothek', is dan ook niet waarschijnlijk.

### 9.10. Roes: een kennelijke bedoeling met art. 7A:1612 BW

Roes laat zich in zijn dissertatie kritisch uit over het wetgevingsproces rond art. 7A:1612 BW, maar beroept zich ter verklaring van de toepasselijkheid van het artikel in de situatie 'huur-na-hypothek' uiteindelijk toch op de bedoeling van de wetgever. In het bijzonder verwijst hij hiertoe naar 'de historie' van art. 7A:1612 BW in samenhang met die van het huurbedingartikel (art. 1230 Oud BW):

'Als enige reden voor de uitzonderlijke werking van art. 1612 zou ik willen aanmerken de bedoeling van de wetgever en diens interpretatie van het artikel. Deze blijken uit de parlementaire geschiedenis van de artt. 1612 en 1230. Het bestaan van dit laatste artikel kan, gezien de historische samenhang, gehanteerd worden als argument voor de bewering, dat art. 1612 kennelijk bedoelt een huur, ook die gesloten na het vestigen van een hypothek, te laten gelden tegen de hypotheekhouder. Een sterkere werking dus voor huur dan voor zakelijke rechten. De wetgever was van mening, dat de hypotheekhouder zonder de ontsnappingsmogelijkheid van art. 1230 aan een latere huur gebonden is.<sup>153</sup>

Even verder is de auteur omtrent die bedoeling van de wetgever (die hij overigens niet staft met verwijzingen naar passages uit de betreffende wetgeschiedenis) iets voorzichtiger:

'(..), kunnen wij op grond van de historie tot de conclusie komen, dat de vreemde werking van art.1612 gewild werd, *althans onafwendbaar geacht werd* (cursivering RW); verkoop was verkoop, vrijwillig of executoriaal, ingevolge hypothek of gewone executie, dat deed er niet toe.<sup>154</sup>

Maar vervolgens betoogt hij wederom:

'De historische gegevens spreken een zeer duidelijke taal. De samenhang tussen de beide artikelen (art. 7A:1612 BW en art. 1230 (Oud) BW, RW) is onmiskenbaar met name ook in de wordingsgeschiedenis. (..) De bedoeling en werking van art.1612 is in dit kader uitdrukkelijk aan de orde geweest; de wetgever heeft het duidelijk zo gewild. Of hij zich ook bewust geweest is van de onaanvaardbare en onnodige afwijking van het zakenrechtelijk systeem? Ik geloof het niet.<sup>155</sup>

Ten aanzien van de keuzevraag: is een huurbeding nodig of niet, stelt Roes:

'Wat de keuze betreft meen ik de historische gegevens niet terzijde te kunnen schuiven. Voor ons huidige recht moet geconcludeerd worden dat art.1230 ten doel heeft huur ten opzichte van de

---

<sup>153</sup>Diss., p. 93.

<sup>154</sup>A.w., p. 94.

<sup>155</sup>A.w., p. 105.

hypothekhouder terug te brengen tot een zakelijk recht, of zo men wil, tot een recht met zakelijke inslag, in ieder geval tot een recht dat past in het zakenrechtelijk systeem.<sup>156</sup>

Het heeft er alle schijn van, dat Roes met de historische samenhang tussen de artikelen 7A:1612 en 1230 (Oud) BW bedoelt: uit het feit, dat een huurbedingartikel bestaat, moet afgeleid worden dat de wetgever de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypothek' 'duidelijk zo gewild' heeft.

Een dergelijke redenering kan echter om twee redenen geen verklaring bieden voor die toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW. In de eerste plaats niet, omdat het zeer de vraag is, of gesproken kan worden van een 'kennelijke bedoeling' van de wetgever met art. 7A:1612 BW. Hiervoor, in paragraaf 8.7.3 van hoofdstuk 8 werd dit uiteengezet. Op die plaats, waar hier naar mag worden verwezen, kwam ter sprake dat de wetgever een enkele, korte en vooral rechtspolitieke keuze heeft gedaan inzake de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypothek'. Van een duidelijke, fundamentele en rechtssystematische keuze kan echter niet gesproken worden.

In de tweede plaats komt de redenering van Roes (die daarin niet alleen staat<sup>157</sup>) neer op een 'petitio principii', een bewijsgrond (het bestaan van het huurbeding) die als reeds bewezen wordt aangenomen, maar die zélf juist ter discussie staat.<sup>158</sup> Immers, het bewijs voor de werking van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypothek' wordt afgeleid uit het bestaan van een huurbedingartikel, terwijl dit artikel eerst nodig is *wanneer* aan art. 7A:1612 BW een dergelijke werking wordt toegekend.

Overigens komt Roes wel tot de constatering, dat de wetgever met art. 7A:1612 BW een vreemde figuur heeft geschapen:

'Een in wezen obligatoir recht krijgt niet alleen zakelijke werking, maar werkt in sommige gevallen zelfs sterker dan een eerder gevestigd zakelijk recht.'<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup>A.w., p. 106.

<sup>157</sup>Ook A.R. de Bruijn, RM Themis 1961, p. 109 maakt gebruik, wellicht onbedoeld, van een dergelijke 'Baron Von Münchhausen'-redenering (waarbij de Baron zichzelf aan zijn haren uit het moeras, waarin hij bezig is weg te zinken, omhoog trekt). Schrijver (De Bruijn) betoogt namelijk dat de niet-overbodigheid van art. 1230 B.W. is terug te voeren op het 'nu eenmaal bestaan' van art. 7A:1612 BW. De toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypothek' wordt aldus impliciet afgeleid uit het bestaan van een huurbeding-artikel, terwijl dit artikel eerst nodig is *wanneer* een dergelijke toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW wordt aangenomen. Opvallend is daarbij, dat De Bruijn op dezelfde bladzijde een redenering van Van Brakel als zijnde een 'petitio principii' afwijst. Deze redenering zou luiden: art. 1230 BW is niet overbodig, omdat het voor de materie die het bestrijkt een zelfstandige regeling geeft en zich op deze wijze onttrekt aan de regels die zonder het artikel zouden gelden.

<sup>158</sup>Vgl. de definitie in Van Dale (1995).

<sup>159</sup>P. 91. Zie ook de laatste zin in het hierboven, bij noot 155 geciteerde fragment.



Schrijver wijt dit niet zozeer aan een 'overdreven waardering' van art. 7A:1612 BW, maar aan een te geringe aandacht, geschonken aan het wezen van het hypotheekrecht.<sup>160</sup> Hierdoor is ten aanzien van de werking van art. 7A:1612 BW ten opzichte van een hypotheekrecht een verkeerde conclusie getrokken (de rechtspositie van een hypotheekhouder wordt in principe door de regel van art. 7A:1612 BW bestreken) en is opneming van een artikel als 1230 Oud BW (3:264 BW) ter bescherming van die hypotheekhouder noodzakelijk geworden.<sup>161</sup> Dit laatste spreekt Roes elders stelliger uit, sprekende van een onjuiste<sup>162</sup> en te ruime<sup>163</sup> uitleg welke aan art. 7A:1612 BW wordt gegeven.

De conclusie uit het vorenstaande moet zijn, dat er de nodige vraagtekens te plaatsen zijn bij Roes' opvatting (in diens dissertatie<sup>164</sup>), dat de (algemeen) veronderstelde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek' is terug te voeren op een kennelijke bedoeling die de wetgever met dit artikel gehad zou hebben. Het bestaansrecht van het huurbedingartikel hangt weliswaar af van een dergelijke toepasselijkheid, en de wetgever van de *huurbeding*artikelen is van die werking van art. 7A:1612 BW hoogstwaarschijnlijk ook uitgegaan, maar alleen daaruit kan toepasselijkheid van *art. 7A:1612 BW* op de situatie 'huur-na-hypotheek' niet afgeleid worden. Anders gezegd: een keuze vanuit de grondslagen van het (privaat)recht, waarbij de verstrekkende rechtsgevolgen van die keuze in ogenschouw zijn genomen, is niet af te leiden uit het bestaan van een huurbedingartikel.

### 9.11. Opportuniteit en billijkheid

In de literatuur wordt de rechtsgrond van en de verklaring voor het bestaan van art. 7A:1612 BW veelal gezocht in de billijkheid.<sup>165</sup> Betoogd wordt dan, dat het artikel beoogt een maatregel te geven in het belang van de huurder (opportuniteit), omdat een toepassing van de beginselen van het privaatrecht jegens hem zou leiden tot een grove onbillijkheid. Nelissen heeft, bij de beschrijving van de strenge Romeinsrechtelijke beginselen, deze onbillijkheid helder uiteengezet<sup>166</sup>:

'(..) En toch, bij nader overwegen rijst meer dan één bezwaar. (..): zoodra men tevens op het regt des huurders let, springt de grove onbillijkheid in 't oog. Immers verkreeg deze door de overeenkomst het regt, om 't gehuurde te blijven gebruiken en genieten, gedurende den tijd bij 't contract bepaald, verkort en gekrenkt wordt hij in dit regt, zoo hij binnen den tijd tot ontruiming wordt gedwongen. En

<sup>160</sup>Tot een gelijke conclusie, maar dan op grond van het al of niet gepubliceerd zijn van een recht, komt A. Pitlo, in: *Onroerend Goed* (1968), p. 245: '(..): zo geeft men aan het artikel een betekenis, die het persoonlijk recht van huur tegen derden laat werken, zoals dit bij geen 'echt' zakelijk recht mogelijk is.'

<sup>161</sup>P. 91-94; vgl. ook p. 108-109.

<sup>162</sup>WPNR 5173 (1972), p. 221-222.

<sup>163</sup>WPNR 5987 (1991), p. 5.

<sup>164</sup>Hoewel hij in WPNR 5173 (1972), p. 221 ook stelt in zijn dissertatie getracht te hebben aan te tonen, dat de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW een onjuiste is.

<sup>165</sup>Zie bijv. Asser-Kamphuisen-Van Andel (1960), p. 262; Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 88; *Toelichting Boek 7*, p. 940; *Verbintenissenrecht* (E.B. Rank-Berenschot), Art. 249-257, Alg., aant. 80.3 (alwaar ook een nader literatuuroverzicht). Zie ook hiervoor, par. 9.9.

<sup>166</sup>Diss., p. 9-10.

nog wel door eene vrijwillige daad van den verhuurder zelve, wordt hem zijn regt ontnomen; juist de man, die hem zijn regt moest waarborgen, is tot die regtskrenking de onmiddellijke aanleiding.'

Is nu de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek' óók terug te voeren op de billijkheid jegens de huurder? Een bevestigend antwoord ligt voor de hand indien de overweging van de Minister van Justitie wordt gezien, gegeven ten tijde van de wordingsgeschiedenis van art. 7A:1612 BW (het parlementaire zittingsjaar 1833-1834). De Minister wees een voorstel om de huur te doen eindigen bij executoriale verkoop, af omdat

'(..) ieder huurder, die een perceel voor een zeker tijdvak had gehuurd, elk oogenblik zoude gevaar loopen hetzelfde te moeten ruimen en nimmer zeker zoude zijn, of hij, niettegenstaande zijnen geslotene overeenkomst, niet spoedig tot verhuizing en het zoeken eener andere woning zoude worden genoodzaakt.'<sup>167</sup>

Zoals hiervoor echter al werd aangegeven is het zeer de vraag, of deze korte rechtspolitieke overweging geacht moet worden 'de' verklaring te zijn voor de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek'.<sup>168</sup> Op het (herhaalde) voorstel uit het parlement en het hier geciteerde antwoord van de Minister na blijkt uit de betreffende parlementaire geschiedenis niet van enige gedachtenwisseling die *specifiek en principieel* de situatie 'huur-na-hypotheek' en/of de ingrijpende rechtssystematische gevolgen van de rechtspolitieke keuze tot onderwerp heeft. Opvallend hierbij is, en dat blijkt wél uit de parlementaire geschiedenis, dat de overweging van de Minister van Justitie niet als een verrassing komt, omdat van de *aanname* van de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek' al eerder blijkt. In 1823 wordt reeds overwogen om

'de noodige bepalingen te maken, ten einde het misbruik van het beginsel ('koop breekt geen huur', RW) in de toepassing voor te komen.'<sup>169</sup>

Anders en krachtiger uitgedrukt: die *aanname* leidt reeds een eigen leven nog vóór de hierboven weergegeven rechtspolitieke keuze door de Minister wordt gemaakt. Een grondslag of verklaring voor de aanname is echter niet te vinden. En ook bij de discussie en voorstellen voor het (latere) huurbeding is de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek' een vanzelfsprekende.<sup>170</sup> Dit is des te merkwaardiger indien bedacht wordt, dat het de gelijkstelling is van de situatie 'huur-na-hypotheek' met het geval waar art. 7A:1612 BW eigenlijk op ziet (eigendomsoverdracht door de verhuurder zelf ná verhuring), die de noodzaak van de formulering van een huurbeding meebrengt. Door die gelijkschakeling wordt eerst het recht van de hypotheekhouder 'ondermijnd', omdat de werking van art. 7A:1612 BW wordt uitgebreid tot de situatie 'huur-na-hypotheek', en vervolgens moet er reparatiewetgeving (een huurbeding) komen om de hypotheekhouder de gelegenheid te bieden zijn oorspronkelijke rechtspositie te herstellen. Enige bezinning op de grondslagen van het

<sup>167</sup>Hand. II 1833-1834 (Bijl.), p. 25. Zie ook de bespreking van dit fragment hiervoor, hoofdstuk 8, par. 8.7.3.

<sup>168</sup>Hoofdstuk 8, par. 8.7.3; zie ook hiervoor, par. 9.10, het derde citaat van Roes (waar deze betwijfelt of de wetgever de vergaande afwijking van het zakenrechtelijke systeem zich heeft gerealiseerd).

<sup>169</sup>Hand. II 1823-1824 (Bijl.), p. 261.

<sup>170</sup>Zie daaromtrent uitgebreid hiervoor, hoofdstuk 8, par. 8.7.3.

privaatrecht had hier voor de hand gelegen. De billijkheid jegens de huurder vergde en vergt namelijk geen toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypothek', die billijkheid kan zeer wel gewaarborgd worden zonder een dergelijke interpretatie van het artikel. Daarover echter meer hierna, hoofdstuk 10.

Geconcludeerd moet worden, dat het zeer twijfelachtig is, of de billijkheid opgevoerd kan worden als verklaring voor de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypothek'. Weliswaar biedt zij in deze situatie de huurder schijnbaar enige geestesrust (hoewel het huurbeding, dat standaard voorkomt in hypotheekakten de rust onmiddellijk weer wegneemt), maar zij kan niet dienen als een overbrugging van het wezenlijke en rechtssystematische verschil tussen de situatie 'huur-na-hypothek' enerzijds, waarbij er sprake is van executie van een aan het huurrecht *antérieur* hypotheekrecht en de situatie 'eigendomsoverdracht-na-huur' anderzijds, waarbij het de eigenaar/verhuurder zelf is die verkoopt en levert. De billijkheid kan evenmin de vele moeilijkheden rechtvaardigen, die uit de genoemde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW voortvloeien: de reden voor dit laatste is, dat die moeilijkheden niet nodig zijn. In hoofdstuk 10 zal dit worden uiteengezet.

## 9.12. Tweeslachtigheid van het huurrecht, betamelijkheid, vertrouwen, kenbaarheid (Eggens)

### 9.12.1. Inleiding

Eggens buigt zich in twee beschouwingen over de artikelen 7A:1612 BW en 1230 Oud BW.<sup>171</sup> Hij analyseert de strekking en de werking van de beide artikelen aan de hand van de beginselen betamelijkheid, gerechtvaardigd vertrouwen en kenbaarheid; ook benadert hij de materie vanuit, zoals hij dat aanduidt, de tweeslachtigheid van het huurrecht. Eggens weet echter noch de grondslag van de werking van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypothek', noch de bestaansredenen van het huurbedingartikel 'sluitend' te verklaren. In het navolgende zal één en ander, in de volgorde van de door Eggens geschreven artikelen, nader worden uiteengezet.

### 9.12.2. Het tweeslachtige karakter van het huurrecht

In zijn opstel uit 1921 over de strekking en de werking van art. 1230 (Oud) BW (hierna: art. 1230), zoekt Eggens de bestaansredenen van het huurbedingartikel in het karakter van het huurrecht. Dit duidt hij aan als tweeslachtig, zulks als gevolg van art. 7A:1612 BW.<sup>172</sup> Art. 7A:1612 BW verheft het huurrecht niet tot zakelijk recht, maar brengt toch mee, dat een eerder huurrecht door een latere zakelijk gerechtigde moet worden gerespecteerd. Het zou volgens Eggens dan ook de vraag zijn,

'(...) als de wetgever art. 1230 B.W. niet had opgenomen, of op art. 1612 niet met vrucht een beroep zou kunnen worden gedaan om te beweren, dat de executeerende hypotheekhouder, evenals later gevestigde zakelijke rechten, ook het persoonlijk recht van huur met zijne zakelijke werking zou kunnen negeren.'

---

<sup>171</sup>Hieronder nader te bespreken.

<sup>172</sup>Themis 1921, p. 217-218.

Wellicht poogt Eggens hier voorzichtig te zeggen, dat door art. 7A:1612 BW het huurrecht wordt ingepast in het systeem van het zakenrecht, in welk geval de prioriteitsregel van toepassing zou kunnen zijn (de vergelijking met later gevestigde zakelijke rechten duidt daar vooral op). Maar kennelijk acht hij het toch niet verantwoord om een dergelijke gevolgtrekking te maken voor het geval waarin art. 1230 wordt weggedacht. Hij doet namelijk op het geciteerde fragment volgen, dat de wetgever op grond van dit tweeslachtige karakter van het huurrecht 'terecht' heeft gemeend daarvoor een afzonderlijke regeling (art. 1230) te moeten geven. Als gevolg van deze regeling mag men aannemen, aldus Eggens, dat wanneer het beding van art. 1230 niet is gemaakt, de verhuuring zich als beheersdaad aan het systeem van het zakenrecht onttrekt en door de hypotheekhouder moet worden gerespecteerd. Is het beding wél gemaakt en aangetekend op de registers, dan is het *daardoor* tot deel van het zakelijk recht gestempeld. De hypotheekhouder kan het latere huurrecht dan op dezelfde voet behandelen als een later gevestigd zakelijk recht en het bij vervreemding eenvoudig negeren.

Samengevat: Eggens constateert dat het huurrecht tweeslachtig is *als gevolg van* art. 7A:1612 BW (hoewel hij voorzichtig suggereert dat het huurrecht met art. 7A:1612 BW ook ingepast zou kunnen worden in het systeem van het zakenrecht) en dat art. 1230 met het oog op dit karakter van het huurrecht terecht in het leven is geroepen. Het behoeft geen betoog, dat deze beschrijvende benadering van de beide artikelen geen verklaring of grondslag kan bieden voor de vraag *waarom* art. 7A:1612 BW kennelijk (ook) van toepassing is op de situatie 'huur-na-hypotheek'.

### 9.12.3. Kenbaarheid en de situatie 'huur-na-hypotheek'

In zijn opstel uit 1934 'De retentor en art. 2014 B.W.'<sup>173</sup> bestempelt Eggens de eis van kenbaarheid als de noodzakelijke voorwaarde voor de werking van art. 7A:1612 BW. Hij stelt dat de toepassing van art. 7A:1612 BW afhankelijk is van wetenschap van de verhuuring bij de verkrijger. Is de verhuuring aan de verkrijger bekend, dan is deze op grond van dit artikel gebonden aan de huur; hij zou onbetamelijk of onrechtmatig handelen indien hij als nieuwe eigenaar op grond van zijn eigendomsrecht het persoonlijke recht van de huurder op systematische gronden zou opzeggen.<sup>174</sup> Aldus, zo moet uit Eggens' betoog afgeleid worden, gaat de kenbaarheid aan de onbetamelijkheid vooraf: de verkrijger kan eerst dan onbetamelijk handelen (de huurder de ontruiming aanzeggen), indien hij wist of kon weten, dat hij een verhuurd goed verkreeg.<sup>175</sup> Eenzelfde gevolgtrekking - kenbaarheid is de ware grondslag van art. 7A:1612 BW - moet gelden voor Eggens' verklaring van art. 7A:1612 BW vanuit het vertrouwensbeginsel. Deze redenering houdt in, dat de huurder aan de nieuwe eigenaar van het verhuurde goed mag tegenwerpen het recht op heerschappij, dat hij jegens de verhuurder mocht doen gelden. Eggens acht dit redelijk indien die rechtsopvolger het huurrecht kende, althans kon kennen.<sup>176</sup>

<sup>173</sup>WPNR 3366-3368 (1934); VPO I, p. 295-309.

<sup>174</sup>VPO I, p. 302-303.

<sup>175</sup>Vgl. ook p. 303: '(...) dat aan elke onrechtmatige daad eene verplichting om niet te doen (...) logisch voorafgaat (...)' Een dergelijke verplichting ontstaat eerst met het bekend worden van het bestaande huurrecht.

<sup>176</sup>P. 306-307.

Voordat nu de visie van Eggens uitgebreider wordt weergegeven, kan reeds aangegeven worden hoe de kenbaarheidseis uitwerkt in de situatie 'huur-na-hypotheek'. Eggens spreekt zich daaromtrent niet uit<sup>177</sup>, maar gezien diens uitgangspunt, dat kenbaarheid van de huur bij de verkrijger een noodzakelijk te vervullen voorwaarde is voor bescherming van de huurder ex art. 7A:1612 BW, is de uitkomst eenvoudig. Bij niet-kenbaarheid van de verhuur heeft art. 7A:1612 BW geen werking; de verkrijger/nieuwe eigenaar heeft niets te duchten van een verhuring waarvan hij onkundig is; een hypotheekhouder heeft geen behoefte aan een huurbeding. Is de huur daarentegen wel kenbaar aan de verkrijger, dan wordt de huurder beschermd door art. 7A:1612 BW en heeft een hypotheekhouder wél behoefte aan een huurbeding.

Waarschijnlijk is, dat Eggens probeert een verklaring voor de werking van het artikel te bieden die voorkomt, dat een opvolgende verkrijger gebonden wordt aan een huurcontract dat, in de woorden van Pitlo<sup>178</sup>, voor alle derden verborgen is gehouden. Dit is een loffelijk streven: in de heersende opvatting over de werking van art. 7A:1612 BW is een opvolgende verkrijger inderdaad aan een dergelijke onbekende huur gebonden, zowel wanneer hij verkrijgt van de verhuurder zelf als wanneer hij koopt en geleverd krijgt van de executerende hypotheekhouder. In de heersende uitleg ziet bovendien de hypotheekhouder zijn hypotheekrecht gefrustreerd worden door een later (persoonlijk) huurrecht; de enige uitweg voor de hypotheekhouder is het huurbeding.

Met zijn benadering creëert Eggens echter meer problemen dan er in de heersende leer al zijn. In de geldende opvatting is het min of meer nog duidelijk dát art. 7A:1612 BW werking heeft bij 'een eigendomsoverdracht', ongeacht

- of deze verricht wordt door de eigenaar/verhuurder of door de hypotheekhouder;
- of de verkrijger op de hoogte is van de verhuring;
- of er een huurbeding is gemaakt en dit (met toestemming van de president van de rechtbank, art. 3:264 lid 5 BW) kan worden ingeroepen.

In Eggens' uitleg daarentegen is het zelfs niet zeker óf art. 7A:1612 BW op enige overdracht van toepassing is (door de eigenaar/verhuurder of de hypotheekhouder). Onduidelijk wordt daarmee ook, of het artikel de huurder (in beginsel) bescherming biedt, en of de hypotheekhouder een huurbeding nodig heeft. Alles wordt afhankelijk van de vraag of de verkrijger de verhuring kende of kon kennen.

Hoe Eggens tot zijn benadering van de artikelen 7A:1612 BW en 1230 komt, wordt in het onderstaande uitgebreider weergegeven.

#### 9.12.4. Betamelijkheid, kenbaarheid, vertrouwen

---

<sup>177</sup>Hij lijkt op p. 302 (VPO I) uit te gaan van het geval, waarvoor art. 7A:1612 BW oorspronkelijk lijkt te zijn geschreven, namelijk 'eigendomsoverdracht-na-huur, waarbij het de verhuurder zelf is die overdraagt: 'Maar naar haar oorsprong en haar kern houdt de bepaling van art. 1612 allereerst in het recht van den huurder om zijn recht op heerschappij, dat hij jegens zijn (oorspronkelijken) verhuurder kon doen gelden, eveneens tegen diens opvolger te doen gelden.'

<sup>178</sup>In: Onroerend Goed (1968), p. 245. Pitlo verwijst naar het arrest van de Hoge Raad van 22 februari 1929, NJ 1929, 1339 (EMM), W. 11988. Tegen de verkrijger geldt de huur ook, aldus de Hoge Raad in dit arrest, wanneer hij van de huur niet wist, noch kon weten.

Een meer gedetailleerde weergave van Eggens' standpunt moet duidelijk maken, hoe deze schrijver uitkomt bij de betamelijkheidsnorm, de kenbaarheid en het (gerechtvaardigd) vertrouwen.<sup>179</sup> Eggens beschrijft art. 7A:1612 BW als één van de wettelijke vormen van bescherming van een houder, in dit geval een huurder. Hij zet art. 7A:1612 BW af tegen het algemene onderscheid tussen goederenrechtelijke en persoonlijke rechten. Uit dit onderscheid alleen zou kunnen worden afgeleid, dat de rechtspositie van een persoonlijk gerechtigde houder zoals de huurder, uiterst zwak is ten opzichte van die van een goederenrechtelijk gerechtigde, bijvoorbeeld een eigenaar.<sup>180</sup>

Eggens bekritiseert een dergelijke gevolgtrekking. Een abstracte en rechtssystematische tegenstelling als het genoemde onderscheid wordt veelal verabsoluteerd in haar gevolgen, schrijft hij, en dit vertroebelt de met die tegenstelling samenhangende vragen. Immers, een *beginsel* sluit uit zijn aard niet bij voorbaat uit, dat in een bepaald geval en onder bepaalde omstandigheden tot een resultaat wordt gekomen, dat met het beginsel niet (onmiddellijk) verenigbaar is.<sup>181</sup> Zo kunnen verschillende houders (van zaken) een telkens verschillende bescherming vinden in het recht, omdat een abstracte tegenstelling als het genoemde onderscheid op zich zelf nimmer een reden mag zijn

‘ (...) om eene *bepaalde* bescherming, die een *bepaalde* detentor jegens een *bepaalden* derde onder *bepaalde* omstandigheden wil geldend maken, af te wijzen.’<sup>182</sup>

Onder omstandigheden kan dit betekenen, dat kenmerken of eigenschappen van een goederenrechtelijk recht worden toegekend aan een persoonlijk gerechtigde (bijvoorbeeld de toekenning aan de huurder van jegens derden werkende bevoegdheden zoals genoemd in de art. 7A:1592 en 7A:1612 BW).

Wat opvalt, is dat Eggens ondanks deze benadering het onderscheid tussen een goederenrechtelijk en persoonlijk recht zelf niet snel ter discussie ziet komen te staan. Binnen de categorie persoonlijk gerechtigde houders constateert hij slechts graduele verschillen in bescherming tegen of werking jegens derden: aan een bewaarnemer en een lasthebber bijvoorbeeld komt niet de bescherming van art. 7A:1612 BW toe, nu zij geen recht hebben op (behoud van) heerschappij over de zaak welke zij voor de eigenaar houden; een zodanig recht hebben zij dus evenmin jegens diens rechtsopvolger of rechtsvoorganger. De essentie van de zaak, zo stelt Eggens, is hoe men zich de verhouding denkt van de houder (huurder, retentor, bruiklener) tot de zaak, en daarmee tot de anderen.<sup>183</sup>

In deze verhouding vertoont art. 7A:1612 BW, aldus Eggens, geenszins

<sup>179</sup>WPNR 3366-3368 (1934); VPO I, p. 295-309.

<sup>180</sup>Zie voor deze beginselmatige benadering bijvoorbeeld het Romeinse recht, beschreven in hoofdstuk 8, par. 8.4.

<sup>181</sup>A.w., p. 295-301.

<sup>182</sup>A.w., p. 300.

<sup>183</sup>A.w., p. 297. Zie over deze benadering ook J. Eggens' opstel 'Over de verhouding tussen eigendom en verbintenis' (1960).

## EEN RECHTSSYSTEMATISCHE VERKLARING?

„(.) eene typisch "zakelijke werking" van het huurrecht, en - althans naar de *kern* der bepaling - evenmin eene exceptioneele bevoegdheid voor den huurder alleen.<sup>184</sup>

Naar zijn oorsprong en kern houdt art. 7A:1612 BW in de eerste plaats het recht in van de huurder om zijn recht op heerschappij, dat hij jegens de oorspronkelijke verhuurder kon doen gelden, tegen diens rechtsopvolger in te roepen.<sup>185</sup> De inhoud van het huurrecht als heerschappij over de zaak beschrijft Eggens elders<sup>186</sup> als volgt: door te verhuren doet de eigenaar afstand van een deel van zijn eigendomsrecht: de huurder krijgt het recht van genot van het gehuurde, dat de verhuurder hem afstaat uit de volheid van zijn recht.<sup>187</sup> Niet alleen verlening van een zakelijk recht op een goed is eigendomsuitoefening, verhuren is dat ook, zij het „op - *betrekkelijk* - andere wijze.<sup>188</sup>

Toch stempelt de erkenning van dit recht op heerschappij jegens de verhuurder het huurrecht niet tot een goederenrechtelijk recht, aldus Eggens. Hetzelfde geldt ten aanzien van de erkenning van 's-huurders recht tot verwerkelijking van de heerschappij (reële executie van het recht op afgifte van het goed) en de mogelijkheid om revindicatie door de eigenaar af te weren voor de duur van het huurrecht: het huurrecht verwordt hierdoor niet tot een goederenrechtelijk recht. Zelfs art. 7A:1612 BW, waarmee hij zijn recht op heerschappij jegens de rechtsopvolger van zijn verhuurder kan verwerkelijken, vermag zulks niet te bewerkstelligen, *mits* de eis gesteld wordt, dat deze rechtsopvolger op het moment van zijn verkrijging dit recht kende of rederlijkerwijs behoorde te kennen

„(.) (alswanneer die rechtopvolger tegenover den huurder niet staat als een willekeurige derde).<sup>189</sup>

Namelijk, zo betoogt Eggens, een rechtsopvolger van de verhuurder die de zaak in eigendom aanvaardt, wetende dat het verhuurd is (althans behorende te weten), en die niettemin de huurder tot ontruiming zou willen dwingen omdat het persoonlijk huurrecht hem niet zou aangaan, pleegt een onrechtmatige daad jegens die huurder. Hij handelt in strijd met hetgeen hem in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens de huurder (vgl. art. 6:162 lid 2 BW).

Eggens lijkt aldus aan te geven, dat de kern van de werking van art. 7A:1612 BW gezocht moet worden in de betamelijkheidsnorm van art. 6:162 BW (art. 1401 Oud BW). Deze norm of dit beginsel van art. 6:162 BW doorbreekt (althans relativeert, vgl. hieronder) het beginsel dat een goederenrechtelijk recht tegenover een ieder, een persoonlijk recht slechts jegens de wederpartij is te handhaven. Art. 6:162 BW (art. 1401 Oud BW) brengt degene die de betamelijkheidsnorm jegens een ander zou (willen) overschrijden, tot die ander in relatie,

„(.) zóó dat die ander kan eischen dat deze maatschappelijk onbetamelijke gedraging niet zal geschieden, of, indien zij geschied is, dat zij zooveel mogelijk zullen worden opgeheven.<sup>190</sup>

<sup>184</sup>A.w., p. 299, 301.

<sup>185</sup>A.w., p. 302.

<sup>186</sup>WPNR 3539-3540 (1937), VPO I, p. 450-462, i.h.b. p. 454.

<sup>187</sup>In deze richting gaat ook A.R. de Bruijn, Themis 1961, p. 109.

<sup>188</sup>VPO I, p. 454.

<sup>189</sup>A.w., p. 302. (Het aaneengeschreven „alswanneer" staat in het geciteerde werk).

<sup>190</sup>A.w., p. 303. Men vergelijkte art. 6:162 BW, op grond van welk artikel ook een verbod van een dreigende onrechtmatige gedraging kan worden gevorderd.

Korter gezegd: art. 7A:1612 BW drukt uit, dat een persoonlijke relatie door een derde niet mag worden genegeerd, wanneer zulks jegens de betrokkene(n) onrechtmatig zou zijn.

Toch moet de kern van het 'koop breekt geen huur' in Eggens' redenering niet in de onrechtmatige daadsleer gezocht worden maar in het beginsel van de kenbaarheid of publiciteit. Eggens stelt namelijk dat de toepassing van art. 7A:1612 BW afhankelijk is van de vervulling van een voorwaarde: wetenschap van de verhuring bij de verkrijger. De verkrijger kan eerst dan onbetamelijk handelen door de huurder de ontruiming aan te zeggen, indien hij wist of kon weten, dat hij een verhuurd goed verkreeg.<sup>191</sup> De eis van publiciteit of wetenschap voor gebondenheid van de verkrijger werkt bij huur dan op gelijke wijze als bij een eerder beperkt recht (dat in de openbare registers is ingeschreven). Wordt de kenbaarheidseis niet gesteld, dan is een opvolgende verkrijger ook gebonden aan een huurcontract dat voor alle derden verborgen is gehouden (aldus Pitlo<sup>192</sup>; deze schrijver betreft ook de roerende zaken in de werking van publiciteit: bij deze zaken (zaken niet op naam) treedt voor de boeking in registers de enige andere publikatiemogelijkheid in de plaats: de feitelijke toestand. Wie op deze toestand afgaat als derde, verkrijgt bescherming. Pitlo haalt art. 2014 Oud BW aan, thans zou art. 3:86 BW als beschermend artikel in aanmerking komen. Zo krijgt men bij registergoederen en zaken niet op naam 'één groot sluitend systeem', aldus Pitlo).<sup>193</sup>

Eggens beschrijft dit op kenbaarheid gebaseerde systeem als een algemeen gedachte houdersbescherming. Hij knoopt eveneens aan bij art. 2014 Oud BW. Dit artikel (of meer het beginsel, dat in dit artikel niet werd uitgewerkt<sup>194</sup>) brengt mee te aanvaarden, aldus Eggens, zichzelf citerend<sup>195</sup>,

'dat ieder houder te goeder trouw de materiele bescherming van art. 2014, die daarin verscholen ligt, tegen iedereen kan invoeren, *zoover zijn titel tegen zijn auteur reikt*'<sup>196</sup>.

Eggens nuanceert zijn citaat vervolgens: "Tegen iedereen" moet, als te algemeen gesteld, worden gelezen als "tegen degene die aan zijn (bedoeld is de houder) auteur de zaak toevertrouwd".<sup>197</sup> De houder wordt niet als een zakelijk gerechtigde beschermd "tegen iedereen" of een willekeurige derde, maar tegen een bepaalde derde: de rechtsopvolger van 's-houders auteur, indien deze wist of kon weten van de verhuring, de rechtsvoorganger van die auteur indien deze zich op een ouder en/of beter recht dan dat van de houder zou beroepen en aldus de houder het risico zou willen doen dragen voor het onbetamelijke handelen van de auteur van de houder. Het risico voor het handelen van de auteur komt daarmee voor rekening van de ouder en/of beter

<sup>191</sup>Eggens, a.w., p. 303, drukt dit als volgt uit: '(.) dat aan elke onrechtmatige daad eene verplichting om niet te doen (.) logisch voorafgaat, (.)'.

<sup>192</sup>In: Onroerend Goed (1968), p. 245.

<sup>193</sup>T.a.p.

<sup>194</sup>De materiële functie van art. 2014 (Oud) BW hield de derdenbescherming in, welke thans neergelegd is in art. 3:86 (jo. 3:84) BW: de derde die op grond van een geldige titel van eigendomsoverdracht en door levering om baat bezit van een roerende zaak (of een toonder- of ordervordering) heeft verkregen en daarbij te goeder trouw was ten aanzien van het gebrek in de beschikkingsbevoegdheid van de overdrager, wordt beschermd tegen dat gebrek.

<sup>195</sup>Uit het NJB 1926, p. 87 e.v..

<sup>196</sup>A.w., p. 296.

<sup>197</sup>A.w., p. 296, noot 1 en p. 308.



gerechtigde, maar zulks is redelijk, aldus Eggens, omdat deze de zaak aan de onbetamelijk handelende auteur heeft afgestaan<sup>198</sup> (daarmee de mogelijkheid openend tot chicanes door deze). Men vergelijk het 'toedoen-beginsel', dat aan huidige derdenbeschermingsbepalingen als art. 3:36, 3:86 en 3:88 BW ten grondslag ligt.<sup>199</sup>

Het kenbaarheidsbeginsel (en niet zozeer de betamelijkheid) moet gezien het vorenstaande geacht worden in Eggens' opvatting het fundament van art. 7A:1612 BW te vormen. Was de verhuring aan de verkrijger bekend, dan zou deze onrechtmatig handelen door als nieuwe eigenaar op grond van zijn eigendomsrecht het persoonlijke recht van de huurder op systematische gronden op te zeggen.

Deze gevolgtrekking moet ook gelden voor Eggens' redenering vanuit het vertrouwensbeginsel. Dit beginsel, dat geldt in het verbintenissenrecht, vormt volgens Eggens evenals de betamelijkheid een grondslag van art. 7A:1612 BW: het artikel beschermt het vertrouwen, dat de huurder mag stellen in de betamelijkheid van de verhuurder; op deze rust immers de plicht het verhuurde niet 'vrij van huur' over te dragen aan een derde.<sup>200</sup> De huurder mag dit vertrouwen eveneens tegenwerpen aan de rechtsopvolger van zijn verhuurder. Meer concreet gesteld: de huurder mag het recht op heerschappij, dat hij jegens de verhuurder mocht doen gelden, tegenwerpen. Eggens acht dit redelijk, omdat die rechtsopvolger het huurrecht kende, althans kon kennen.<sup>201</sup> Gezien deze laatste opmerking kan gesteld worden, dat de kenbaarheid ook aan het vertrouwen vooraf gaat en in Eggens' benadering (wederom) de kern van de werking van art. 7A:1612 BW is. Het vertrouwensbeginsel (de kenbaarheid) doorbreekt, aldus Eggens, ook hoofdregels van het verbintenissenrecht zoals de regel dat overeenkomsten in beginsel uitdrukkelijk alleen van kracht zijn tussen de contractspartijen (art. 1376 (Oud) BW).<sup>202</sup> Kon de rechtsopvolger van het recht van de houder (de huurder) op de hoogte zijn, dan heeft deze derde, deze rechtsopvolger, niet als *willekeurige* derde te gelden in de zin van art. 1376 (Oud) BW. En ook het beginsel van art. 1354 (Oud) BW zoals dat sinds 3 maart 1905 door de Hoge Raad wordt verstaan<sup>203</sup> (kort gezegd: persoonlijke verplichtingen gaan, anders dan persoonlijke rechten, niet mee over op een verkrijger onder bijzondere titel)<sup>204</sup>, wordt onder deze omstandigheden door het vertrouwensbeginsel doorkruist, aldus Eggens.<sup>205</sup>

### 9.12.5. Conclusie

<sup>198</sup>A.w., p. 307.

<sup>199</sup>Vgl. bijv. Goederenrecht (H.J. Snijders) (1996), nrs. 374, 385.

<sup>200</sup>A.w., p. 306.

<sup>201</sup>A.w., p. 306-307.

<sup>202</sup>Art. 1376 (Oud) BW luidde:

'1. Overeenkomsten zijn alleen van kracht tusschen de handelende partijen.

2. Dezelve kunnen aan derden niet ten nadeele verstreken: zij kunnen aan derden geen voordeel aanbrengen, dan alleen in het geval voorzien bij artikel 1353.'

<sup>203</sup>Art. 1354 (Oud) BW luidde: 'Men wordt voorondersteld bedongen te hebben voor zich zelven, en voor zijne erfgenamen en regtverkrigenden, ten ware het tegendeel uitdrukkelijk bepaald zij, of uit den aard der overeenkomst mogt voortvloeyen.' De in de hoofdtekst genoemde uitleg aan dit artikel gaf de Hoge Raad in 1905: HR 3 maart 1905, W 8191 (Blaauboer/Berlips). Zie over het artikel hiervoor, par. 9.5.

<sup>204</sup>Eggens, a.w., p. 306-307.

<sup>205</sup>A.w., p. 306-307.

De benadering van art. 7A:1612 BW vanuit de kenbaarheid biedt evenmin als die vanuit de tweeslachtigheid in het huurrecht, een grondslag of verklaring voor de werking van het artikel in de situatie 'huur-na-hypotheek'. Integendeel zelfs: Eggens voegt in zijn uitleg aan de hand van de kenbaarheid - hoe kritisch en beginselmatig die uitleg ook geschiedt - nog een ingrijpende onzekerheidsfactor aan de heersende opvatting toe, namelijk: is de huur kenbaar voor de verkrijger of had deze de huur moeten kennen?

De prealable vraag echter, *waarom* aan art. 7A:1612 BW kennelijk een dergelijke werking wordt toegedacht, wordt door Eggens in het geheel niet gesteld.

Geconstateerd moet voorts worden, dat uit Eggens' redeneringen niet duidelijk is op te maken of het huurbedingartikel nu overbodig is (zoals onder omstandigheden in de kenbaarheidsredenering en in de redenering omtrent de inpassing van het huurrecht op grond van art. 7A:1612 BW in het systeem van het zakenrecht), of dat het artikel nu juist onmisbaar is om aan de tweeslachtigheid die art. 7A:1612 BW veroorzaakt, het hoofd te bieden.

De onduidelijkheden nemen zelfs nog verder toe, indien de opvatting 'verhuur is beheer', welke ook door Eggens werd aangehangen, in het geheel wordt betrokken (hierna, paragraaf 9.13).

### 9.13. Verhuur is beheer, met diverse gevolgen (Van Brakel, Eggens, Scholten, Pitlo en wellicht ook de wetgever<sup>206</sup>)

#### 9.13.1. Inleiding

De opvatting 'verhuur is beheer' lijkt op het eerste gezicht te kunnen verklaren waarom een hypotheekhouder een ná diens hypotheekrecht totstandgekomen huurrecht moet respecteren. Globaal aangeduid komt de opvatting erop neer, dat verhuur van een goed gezien moet worden als een beheersdaad en niet als een beschikkingshandeling. Van een beschikkingshandeling is wel sprake bij de vestiging van een hypotheekrecht: dit recht wordt afgeleid uit het meer omvattende eigendomsrecht (vgl. het huidige art. 3:8 BW) en omvat dientengevolge eigenaarsbevoegdheden. Bij verhuur is geen sprake van een 'overdracht' van eigenaarsbevoegdheden en zo onttrekt verhuur zich aan de regel, dat een eigenaar/hypotheekgever na vestiging van een hypotheekrecht niet meer ten nadele van de hypotheekhouder kan beschikken.

De opvatting is echter, mede gezien de verschillen in benadering door haar aanhangers, innerlijk inconsistent (de constante factor is slechts, dat telkens gesproken wordt van 'verhuur is beheer'). Zij leidt tot een ware kluwen van onderling tegenstrijdige verklaringen omtrent de werking van de artikelen 7A:1612 BW en 1230 (Oud) BW, alsmede tot een reeks vragen die, zodra men tot beantwoording tracht over te gaan, eerder aanwast dan afneemt.

Voordat nu nader op de benadering wordt ingegaan, moet opgemerkt worden, dat deze veelal naar voren werd gebracht naar aanleiding van de eens brandende vraag, of ook *de koper* bij een executoriale verkoop een beroep kan doen op het huurbeding van art. 1230 BW (thans staat het bevestigende, zij het enigszins geclausuleerde antwoord in art. 3:264 lid 1 BW). Het antwoord op die vraag hing grotendeels af van (het antwoord op) een in die periode nóg bran-

<sup>206</sup>TK 26 089, nr. 6, p. 29, eerste alinea en p. 32, tweede alinea ('exploitatie'). Zie hierover hoofdstuk 7 en hoofdstuk 10, par. 10.2.2 sub c (bij 'Ten Kate').

dender vraag: verkoopt de executerende hypotheekhouder krachtens een eigen recht (executieleer) of als vertegenwoordiger van de hypotheekgever (mandaatsleer).<sup>207</sup> In het laatste geval was de eigenaar die werd uitgewonnen zelf de verkoper; de koper verkreeg zijn recht van deze en waar de uitgewonnen eigenaar niet de bevoegdheid had de huurder te verwijderen, kon de koper die evenmin verkrijgen (nemo plus-regel). De vraag naar de theoretische grondslag van art. 7A:1612 BW was in deze discussie niet de belangrijkste. Schrijvers deden 'en passant' een uitspraak over de plaats van het artikel in het rechtssysteem.

Wat hield of houdt de theorie 'verhuur is beheer' nu in? Een overzicht aan de hand van de belangrijkste verdedigers ervan volgt hieronder.

### 9.13.2. Van Brakel

Door Van Brakel<sup>208</sup> is betoogd, dat verhuur van een goed gezien moet worden als een normale daad van beheer en niet als een beschikkingshandeling zoals de vestiging van een beperkt (zakelijk) recht. Dit laatste houdt immers een afstand van een gedeelte van de eigenaarsbevoegdheden in. Verhuren kan daarmee niet worden gelijkgesteld. Van Brakel bestrijdt in zijn betoog de opvatting van Meijers<sup>209</sup>, die in laatstgenoemde zin oordeelt: tengevolge van art. 7A:1612 BW<sup>210</sup> is jegens de hypotheekhouder het aangaan van een huurcontract qua werking geheel gelijk aan de vestiging van een beperkt zakelijk recht. Wordt de huur door de hypotheekgever aangegaan in strijd met het door de hypotheekhouder gemaakte huurbeding van art. 1230 BW, dan doet zich eenzelfde situatie van prioriteit voor: de hypotheekhouder behoeft bij executie de later ontstane rechten niet te respecteren, hij kan het verbodene zonder deze rechten verkopen. Van Brakel verwerpt uitdrukkelijk de gelijkstelling van huur met de vestiging van een beperkt recht, omdat verhuur een beheershandeling is en omdat de wet ten aanzien van het huurbeding een zelfstandige regeling heeft gegeven

'die deze materie aan den onderstelden algemeenen regel onttrekt.'<sup>211</sup>

Van Brakel doelt op de prioriteitsregel die geldt in het goederenrecht.

---

<sup>207</sup>Zie het overzicht van uiteenlopende meningen bij E.M. Meijers, WPNR 2840 (1924), p. 285-288.

<sup>208</sup>Van Brakel, WPNR 3171 (1930) . 600.

<sup>209</sup>WPNR 2840 (1924), p. 287. Zie over deze opvatting uitgebreider hierna, par. 9.17.

<sup>210</sup>Hier moet waarschijnlijk gelezen worden: in samenhang met een rechtsgeldig gemaakt en ingeroepen huurbeding ex art. 1230 (Oud) BW. De letterlijke tekst van Meijers luidt (t.a.p.): 'Inderdaad werkt tengevolge van art. 1612 B.W. een huurcontract voor den hypotheekhouder geheel gelijk als de vestiging van een zakelijk recht. Evenmin als een na de hypotheek gevestigd zakelijk recht, den kooper na executie kan deren, evenmin kan dit een recht van huur, dat in strijd met art. 1230 B.W. verleend is. Ik zou hierbij ook nog op art. 1250 B.W. willen wijzen, waar eveneens de gedachte is weer te vinden, dat de hypotheekhouder bij executie het verbodene goed kan leveren in den rechtstoestand, waarin het zich op het oogenblik van het verleenen van de hypotheek bevond.'

<sup>211</sup>Van Brakel, p. 600, r.k.

Zoals hierboven in de inleiding al gesteld werd, biedt de opvatting 'verhuur is beheer', althans in de benadering door Van Brakel, geen inzicht in of antwoord op de vraag óf art. 7A:1612 BW van toepassing moet zijn op de situatie 'huur-na-hypotheek' (en al helemaal geen verklaring voor een eventuele toepasselijkheid op die situatie). Dit blijkt bijvoorbeeld, indien de vraag wordt gesteld hoe Van Brakel de werking van art. 7A:1612 BW ziet: is de opvolgende eigenaar gebonden aan, en moet de anterieure hypotheekhouder de verhuur respecteren omdat verhuur beheer is, is de hypotheekhouder 'gebonden' omdat art. 1230 BW de materie aan de prioriteitsregel onttrekt, of is een later huurrecht jegens hem in te roepen omdat de werking van art. 7A:1612 BW zulks meebrengt? Anders geformuleerd: waartoe dient de opvatting 'verhuur is beheer'? Is het ter verklaring van de werking van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek', van de werking van het huurbeding, of van art. 7A:1612 BW en het huurbeding tezamen? Het antwoord blijft verborgen, de onduidelijkheid duurt voort.

### 9.13.3. Eggens

(Ook) in de opvatting van Eggens<sup>212</sup> moet verhuur door de hypotheekgever naar zijn gevolgen als beheershandeling benaderd worden. Een latere verhuur is (reeds op deze grond?) in te roepen jegens de hypotheekhouder.<sup>213</sup> Op deze benadering 'in het algemeen' wordt ingewerkt door art. 7A:1612 BW, aldus Eggens. Dit artikel verheft het recht van de huurder weliswaar niet tot een goederenrechtelijk recht, maar verleent wel enige goederenrechtelijke werking daaraan. Het eist immers eerbiediging van het huurrecht door de latere verkrijger of beperkt gerechtigde. Eggens laat hierop volgen<sup>214</sup>:

'En het zou dan ook de vraag zijn, als de wetgever art. 1230 B.W. niet had opgenomen, of op art. 7A:1612 BW niet met vrucht een beroep zou kunnen worden gedaan om te beweren, dat de executeerende hypotheekhouder, evenals later gevestigde zakelijke rechten, ook het persoonlijk recht van huur met zijne zakelijke werking zou kunnen negeeren.'

Hoe moet dit citaat nu geïnterpreteerd worden? (Omwille van de duidelijkheid zal de bespreking ervan worden onderverdeeld in 1 t/m 8).

1. Duidelijk is de stelling van Eggens, dat art. 7A:1612 BW aan het recht van de *huurder* jegens latere (zakelijk) gerechtigden enige zakelijke werking geeft.
2. In het op die stelling volgende, weergegeven citaat lijkt het erop, dat Eggens deze werking ook toepast op een *hypotheekhouder* in het geval deze zijn hypotheekrecht vestigde vóórdat het huurrecht werd verleend, en de huurder dus zelf de later gerechtigde is. Een gevolg dat aan de prioriteitsregel doet denken: zonder art. 1230 zou de hypotheekhouder mogelijk met

<sup>212</sup>J. Eggens, Themis 1921, p. 207-232, i.h.b. p. 213 en 217.

<sup>213</sup>A.w., p. 216-217 en 213. De gebondenheid bestaat behoudens toepasselijkheid van art. 1230 lid 2 (Oud) BW, en behoudens eventueel zijn recht op schadevergoeding en zal eventuele schade moeten verhalen op de hypotheekgever en/of de auteur van de schade. Eggens stelt (a.w., p. 213) verhuur op één lijn met feitelijke handelingen, maar in het geval van verhuur staat er bovendien, omdat er een derde bij is betrokken (de huurder), onder omstandigheden een beroep op de actio Pauliana open voor de hypotheekhouder.

<sup>214</sup>A.w., p. 217. Zie omtrent dit fragment ook hierboven, par. 9.12.2.

## EEN RECHTSSYSTEMATISCHE VERKLARING?

vrucht een beroep op art. 7A:1612 BW kunnen doen om ook het latere 'zakelijke' huurrecht te negeren.

Zet men de uitkomst sub 2 af tegen de benadering van Meijers zoals hierboven weergegeven<sup>215</sup>, dan treedt het volgende verschil aan het licht:

3. in Meijers' opvatting werkt het huurrecht dan méér dan zakelijk ten gevolge van art. 7A:1612 BW;

4. in de benadering door Eggens zou het huurrecht 'gewoon' zakelijk kunnen werken, eveneens als gevolg van art. 7A:1612 BW.

Anders gezegd:

5. bij Meijers kan de hypotheekhouder zonder (het beding van) art. 1230 het latere huurrecht niet negeren; art. 1230 is niet overbodig;

6. bij Eggens kan de hypotheekhouder óók zonder (het beding van) art. 1230 het latere huurrecht negeren, en wel op grond van art. 7A:1612 BW; art. 1230 is dan overbodig.

Dit resultaat sub 6 is lijnrecht in strijd met de tot Eggens' eerder weergegeven opvatting, dat verhuur een beheershandeling is. Op deze laatste stelling gaat hij even verder weer door:

7. op grond van het tweeslachtige karakter van het huurrecht (beheershandeling met toch enige zakelijke werking) heeft de wetgever terecht gemeend een afzonderlijke regeling te moeten geven.

'Daarom mag men als gevolg van deze regeling aannemen, dat als niet het beding van 1230 is gemaakt, verhuring als beheersdaad moet worden beschouwd, en door den hypotheekhouder moet worden geëerbiedigd (...)'<sup>216</sup>.

Met andere woorden: hier kan de hypotheekhouder zonder een huurbeding een later huurrecht *niet* negeren en is art. 1230 *niet* overbodig.

8. Met dit laatste strookt ook het vervolg van Eggens' betoog, inhoudende dat indien het beding wel is gemaakt en ingeschreven in de openbare registers, het een onderdeel van het hypotheekrecht is en de hypotheekhouder de latere huur kan negeren, een situatie, gelijk aan die bij latere zakelijke rechten.<sup>217</sup>

Uit het sub 2, 4 en 6 weergegevene blijkt, dat Eggens ruimte ziet voor de opvatting dat de hypotheekhouder ook zonder art. 1230 de latere huur kan negeren, zulks op grond van art. 7A:1612 BW. Het artikel 'werkt aldus in' op het beheerskarakter van de verhuur. Uit het in sub 7 en 8 gestelde, waarin wordt uitgegaan van verhuur als beheershandeling, volgt echter het tegendeel: wanneer de hypotheekgever het huurbeding niet maakt, is een later huurrecht op grond van het beheerskarakter van verhuur wél jegens hem in te roepen. Eggens stelt dat zulks de uiteindelijke bedoeling van de wetgever was vanwege het tweeslachtige karakter van het huurrecht. Alleen een (ingeschreven) huurbeding doet de situatie (weer) terugkeren in de 'prioriteitssfeer'.

Eén en ander zou samen te vatten zijn als: het beheerskarakter van verhuur doet het huurrecht méér dan zakelijk worden, zodat een eerder hypotheekrecht daartegen niet kan worden ingeroepen; art. 7A:1612 BW 'werkt daarop in' en maakt het huurrecht naar zijn aard

---

<sup>215</sup>Zie par. 9.13.2.

<sup>216</sup>In voetnoot 2 op p. 217 voegt hij hieraan toe: 'Tenzij het 2de lid van het artikel toepassing vindt, en behoudens eventueel zijn recht op schadevergoeding (zie hiervóór).'

<sup>217</sup>A.w., p. 217-218.

zakelijk genoeg om art. 1230 overbodig te maken (een bestaand hypotheekrecht is op grond van art. 7A:1612 BW in te roepen tegen een later huurrecht); toch, hoewel art. 1230 niet nodig is in deze benadering, heeft de wetgever beide polen 'verenigd' door art. 1230 in het leven te roepen; dit is 'terecht' volgens Eggens.

De benadering door Eggens doet, evenals die door Van Brakel, de nodige vragen rijzen omtrent plaats en werking van de artikelen 7A:1612 en 1230 BW. Te noemen zijn de volgende: moet de hypotheekhouder een later huurrecht respecteren, omdat verhuren een beheershandeling is, vanwege de werking van art. 7A:1612 BW, of om beide redenen? Ligt het beheerskarakter van verhuren ten grondslag aan art. 7A:1612 BW? Schakelt dit artikel dan de prioriteitsregel uit (ook bij analogie) of doet het deze juist van toepassing zijn, zoals Eggens óók betoogt (sub 2, 4 en 6), en wordt de uitschakeling ervan vervolgens weer veroorzaakt door het beheerskarakter van verhuren? Is er dan een samenval van momenten bij een verhuring: art. 7A:1612 BW is op het moment dat verhuurd wordt van toepassing, maar ook weer niet, want het is beheer? Waarom is de afzonderlijke regeling van art. 1230 'terecht' in verband met de 'tweeslachtigheid' van het huurrecht op grond van art. 7A:1612 BW, zulks temeer indien art. 7A:1612 BW het huurrecht al terugbrengt van een méér dan zakelijk recht (als zijnde een beheershandeling) tot een zakelijk recht (als het ware), zodat de hypotheekhouder op grond van art. 7A:1612 BW het latere huurrecht al kan negeren? Is het werkelijk de bedoeling van de wetgever geweest om de tweeslachtigheid te ondervangen met art. 1230?

Nu heeft Eggens ook elders nog uitspraken gedaan omtrent de werking van de artikelen 7A:1612 BW en 1230 (Oud) BW. Bekeken moet worden of aan de hand van die uitspraken wellicht nog een nadere uitleg kan worden verkregen voor de bovenstaande vragen. Om te beginnen moet aangevoerd worden Eggens' opmerking omtrent de 'heerschappij'-overdracht die verhuur zou impliceren: de eigenaar staat bij verhuur een deel van zijn eigendomsrecht af aan de huurder, die het recht van genot van het gehuurde krijgt. De kern van art. 7A:1612 BW bestaat in het recht van de huurder om dit recht op heerschappij (jegens zijn wederpartij) ook jegens de rechtsopvolger van de verhuurder te doen gelden.<sup>218</sup> Deze uitspraak zou stroken met het door het beheerskarakter jegens de rechtsopvolger van de verhuurder veroorzaakte gevolg: de huur werkt ook jegens deze. Of echter de hypotheekhouder een latere huur kan negeren (op grond van art. 7A:1612 BW) of niet (vanwege het beheerskarakter van huur), is uit deze opmerking niet op te maken.

Een tweede aanknopingspunt om de onduidelijkheden in Eggens' benadering mogelijk te verklaren, is wellicht het door hem aangevoerde kenbaarheidsbeginsel (hierboven, in paragraaf 9.12 besproken). Eggens stelt dat dit beginsel, alsmede de betamelijkheidseis en de vertrouwensbescherming ten grondslag liggen aan art. 7A:1612 BW: de huurder wordt beschermd tegen de rechtsopvolger van de verhuurder, die onbetamelijk zou handelen door de huurder te verwijderen terwijl hij weet van de verhuring van het pand. Het vertrouwen, dat de huurder mag stellen in die betamelijkheid, wordt beschermd.<sup>219</sup> (Opgemerkt zij, dat één en ander meebrengt dat art. 7A:1612 BW de huurder *niet* beschermt indien de verkrijger van de verhuur *niet* op de hoogte is; in dat geval is een huurbeding zéker overbodig). Eggens stelt omtrent deze grondslagen van art. 7A:1612 BW: de bescherming maakt de huur geenszins tot een zakelijk recht of tot 'eene exceptioneele bevoegdheid' voor de huurder alleen.<sup>220</sup> De bescherming is de uitdrukking

<sup>218</sup>VPO I, p. 302; VPO I, p. 454.

<sup>219</sup>VPO I, p. 303-306. Zie ook de uitgebreide bespreking hiervoor, par. 9.12.

<sup>220</sup>A.w, p. 299, 306.

van een algemeen gedachte bescherming van de goede trouw van een houder (zoals bijvoorbeeld ook een retentor of een bewaarnemer is). De mate van bescherming varieert met de aard van het betreffende recht van de houder, maar van cruciaal belang is het stellen van de kenbaarheidseis: zou dit achterwege worden gelaten, dan zou het recht van de houder, bijvoorbeeld door art. 7A:1612 BW, een goederenrechtelijk karakter krijgen.<sup>221</sup> Eggens handhaaft dus het persoonlijke karakter van de huur en clausuleert vervolgens de werking van art. 7A:1612 BW met de kenbaarheidseis.

Hoe moet dit verstaan worden in verhouding tot de hierboven gestelde vragen naar aanleiding van Eggens' benadering? De geclausuleerde en aldus 'getemperde' werking van art. 7A:1612 BW strookt met Eggens betoog (hierboven, sub 1), dat art. 7A:1612 BW aan het huurrecht slechts enige zakelijke werking geeft. Anders gezegd: de invloed van de kenbaarheidseis is voorstelbaar bij inroeping van het huurrecht jegens *latere* zakelijk gerechtigden zoals de rechtsopvolger van de verhuurder. Onduidelijk is echter hoe de kenbaarheidseis moet worden verstaan in het verband van Eggens' stelling, dat art. 7A:1612 BW 'inwerkt' op de gevolgen van 'verhuur is beheer' en het huurrecht terugbrengt van méér dan zakelijk naar zakelijk. Immers, op grond van dit laatste zou, zoals Eggens ook suggereert (zie hierboven, sub 2), een *eerdere* zakelijk gerechtigde, de hypotheekhouder, ook zónder art. 1230 de latere huur kunnen negeren. Geldt de 'eis van kenbaarheid' ook in deze situatie en zo ja, jegens wie? Jegens de huurder, die op de hoogte kan zijn van het ingeschreven hypotheekrecht en/of jegens de hypotheekhouder? In het laatste geval wordt de redenering: verhuur is beheer, waardoor de hypotheekhouder de latere huur moet respecteren; art. 7A:1612 BW werkt daarop in door het huurrecht terug te brengen tot een zakelijk recht, hetgeen meebrengt dat de hypotheekhouder dit latere huurrecht op grond van art. 7A:1612 BW mag negeren. Maar hoe indien de hypotheekhouder dat latere huurrecht kende? Is er dan ruimte voor bescherming van de huurder op grond van de kenbaarheid? Handelt de hypotheekhouder, wiens recht de huurder op zijn beurt ook kon kennen, onbetamelijk door de huurder tot ontruiming te dwingen? Beschermt art. 7A:1612 BW de huurder nu wél tegen de eerdere hypotheekhouder? Dan wordt het huurrecht wederom méér dan zakelijk, nu op grond van art. 7A:1612 BW en is art. 1230 nodig om hierop 'in te werken' en het huurrecht terug te brengen tot een soort zakelijk recht (opdat de eerdere hypotheekhouder zijn recht kan veiligstellen tegen latere verhuringen).

Gesteld kan worden, tot zover, dat het door Eggens aangevoerde kenbaarheidsbeginsel de geconstateerde vragen en onduidelijkheden niet kan beantwoorden respectievelijk verhelderen.

Los van de tegenstrijdigheid in Eggens' visie op de werking van art. 7A:1612 BW en op het beheerskarakter van verhuur, dient een volgende tegenstelling in Eggens' theorievorming zich aan. Deze betreft het gevolg van dat beheerskarakter - de hypotheekhouder moet in beginsel een latere verhuring tegen zich laten werken -, alsmede Eggens' opmerking op een andere plaats, dat de eigenaar vanaf het moment dat de hypotheek, met het huurbeding daarin, wordt gevestigd, het verbonden goed niet langer 'vrij' kan verhuren.<sup>222</sup> De eigenaar verliest het recht

<sup>221</sup>A.w., p. 302.

<sup>222</sup>Eggens, VPO I, p. 450 en 459. Eggens maakt deze opmerking in zijn bespreking van de door de Hoge Raad (o.a.) in 1924 uitgesproken (en inmiddels verlaten) mandaatsleer (vgl. HR 30 mei 1924, NJ 1924, 839, W. 11256 m.n. S.B.). De Hoge Raad stelt in deze uitspraak, dat een veilende hypotheekhouder, die als vertegenwoordiger van de eigenaar wordt aangemerkt, niet meer rechten op de koper kan overdragen dan de eigenaar had. De Hoge Raad redeneert vervolgens: waar de eigenaar het recht miste om de huurovereenkomst, door hem zelf aangegaan, te laten nietigverklaren, kan dat recht ook niet van de hypotheekhouder op de koper overgaan. Eggens stelt nu omtrent de

tot verhuren (althans ten opzichte van de hypotheekhouder) met de hypotheekvestiging. Er vindt een zakelijke beperking van de eigendom plaats. Het is deze met een zakelijk werkend verbod van verhuur beperkte eigendom die in veiling wordt gebracht door de hypotheekhouder; de koper hoeft (als hij niet wil) niet minder te verkrijgen (nl. een pand dat tóch verhuurd is) dan aan de eigenaar toekwam met de vestiging van de hypotheek. Aldus Eggens<sup>223</sup>, die hiermee belangrijke (goederenrechtelijke) beginselen lijkt toe te passen: aan bestaande (goederenrechtelijke) rechten kan geen afbreuk worden gedaan door de vestiging van nieuwe rechten, een beginsel dat nauw samenhangt met de prioriteitsregel (het oudere recht gaat voor het jongere). Tevens opteert hij (impliciet) voor het uitgangspunt dat een hypotheekhouder, om recht te doen aan de aard van zijn zekerheidsrecht, het goed in veiling moet kunnen brengen zoals dit hem werd verbonden.<sup>224</sup> Latere `bezwaren' als verhuur dient hij te kunnen negeren. Even eerder betoogt Eggens dit zelfs uitdrukkelijk.<sup>225</sup> Hij trekt de parallel met art. 505 Rv, dat kort gezegd voor beslag bepaalt, dat een latere beschikking of verhuring van het beslagen goed niet ten nadele van de beslaglegger kan geschieden. Het hypotheek- of beslagrecht fixeert als het ware het goed ten behoeve van de hypotheekhouder of beslaglegger op het moment dat diens recht tot stand komt.

Hoe de in de laatste alinea beschreven benadering vanuit het goederenrecht verbonden kan worden met Eggens' opmerkingen over art. 7A:1612 BW en het beheerskarakter van huur - welke onderling al tot tegenstrijdige resultaten leiden -, is een raadsel.

De conclusie die uit het vorenstaande moet worden getrokken, is dat de algemeen veronderstelde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie `huur-na-hypotheek' niet verklaard kan worden uit Eggens' betoog dat verhuur een beheershandeling is. Wat rest na bestudering (en combinering) van de overige opvattingen en stellingen van deze schrijver over dit onderwerp, is een reeks onderling en innerlijk onverenigbare opties, (grote) tegenstrijdigheden, onduidelijkheden en openstaande vragen.

#### 9.13.4. Scholten

---

laatste redenering: het gaat niet om een recht tot nietigverklaren van de huur, maar om een recht tot verhuren.

<sup>223</sup>A.w., p. 459-460.

<sup>224</sup>Vgl. hiervoor, par. 9.13.2.

<sup>225</sup>A.w., p. 451-456, i.h.b. p. 455.



De opvatting 'verhuur is beheer' is ook naar voren gebracht door Scholten.<sup>226</sup> Diens (korte) betoog verloopt als volgt: heeft de hypotheekhouder een huurbeding gemaakt, dan staat hij tegenover de huur zoals tegenover later gevestigde zakelijke rechten. Scholten bestrijdt dan ook de opvatting van Van Brakel<sup>227</sup>, die immers betoogt dat deze gelijkstelling niet opgaat omdat verhuur een beheershandeling is. Verhuur is weliswaar beheer, stelt Scholten, maar tengevolge van de zakelijke werking van art. 7A:1612 BW komt huur in zoverre met de vestiging van een zakelijk recht overeen, dat de handeling van de eigenaar de rechtverkriggende bindt. Juist om de ongewenste gevolgen van de werking van art. 7A:1612 BW voor de hypotheekhouder te voorkomen, is art. 1230 in de wet opgenomen.

Uit Scholten's betoog kan worden afgeleid, dat een hypotheekhouder die het huurbeding niet heeft gemaakt, niet tegenover huur staat zoals tegenover latere zakelijke rechten. De prioriteitsregel geldt niet, het oudere hypotheekrecht gaat niet voor het jongere en zakelijk werkende, huurrecht. De hypotheekhouder moet bij executie het latere huurrecht respecteren. Waar is deze werking van het huurrecht, die dan een sterkere is dan die van een zakelijk recht, op gebaseerd? Op het beheerskarakter van verhuur, zoals Van Brakel betoogt en ook door Eggens als uitgangspunt wordt genomen (vgl. hierboven, de paragrafen 9.13.2 en 9.13.3)? Nee, stelt Scholten, want tengevolge van art. 7A:1612 BW komt huur in zoverre met de vestiging van een zakelijk recht overeen, dat verhuur door de eigenaar diens rechtsopvolger bindt. Is deze vergelijking met het zogenoemde zaaksgevolg dat aan een bestaand zakelijk recht wordt toegekend dan een verklaring voor de verplichting van de hypotheekhouder om het latere huurrecht te respecteren? Dan moet de redenering zijn: art. 7A:1612 BW bindt de rechtsopvolger van de verhuurder aan de huur, ongeacht de vraag door wie het verhypothekerde goed wordt verkocht en geleverd. Het zaaksgevolg werkt aldus via de rechtverkriggende jegens de ouder gerechtigde hypotheekhouder. Alleen door een huurbeding te maken kan de hypotheekhouder deze werking van het huurrecht voorkomen.

Art. 7A:1612 BW staat, zo lijkt de conclusie te moeten zijn, in Scholten's opvatting los van het beheerskarakter van verhuur. Art. 7A:1612 BW schakelt huur gelijk met zakelijke rechten ten opzichte van een latere verkrijger van het verhuurde, in zoverre dat de latere verkrijger aan de huur is gebonden. Ten opzichte van de eerdere hypotheekhouder doet art. 7A:1612 BW méér dan gelijkshakelen met zakelijke rechten: de hypotheekhouder moet de latere huur respecteren. Art. 1230 doet die huur dan opnieuw gelijkstaan met zakelijke rechten, althans, het biedt de mogelijkheid daartoe aan de hypotheekhouder. Scholten komt hiermee vanuit de opvatting 'verhuur is beheer' tot eenzelfde interpretatie van de artikelen 7A:1612 BW en 1230 als Meijers (hierboven in paragraaf 9.13.2 besproken).

Scholten's benadering met 'verhuur is beheer' kan echter geen verklaring bieden voor de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek'. Met betrekking tot dit artikel doet hij feitelijk niet anders dan die toepasselijkheid uitspreken; op de vraag *waarom* de hypotheekhouder een later huurrecht moet respecteren, gaat hij niet in.

### 9.13.5. *Pitlo*

<sup>226</sup> Asser-Scholten Zakenrecht (1945), p. 505-506.

<sup>227</sup> S. Van Brakel, WPNR 3171 (1930), p. 600.

Pitlo gaat evenals Scholten in de richting van een zeer sterke werking van het huurrecht. Op het eerste gezicht lijkt hij, evenals Van Brakel en Eggens, als motivering vooral het beheerskarakter van verhuur aan te voeren.<sup>228</sup> Vrijwel tegelijkertijd echter merkt hij art. 7A:1612 BW als oorzaak van die werking aan. Ook Pitlo's benadering kan daarom geen duidelijkheid bieden over het *waarom* van de algemeen gedachte toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypothec'.<sup>228</sup>

Pitlo's redenering verloopt als volgt. Wanneer de regel, dat een jonger recht een ouder recht niet mag schenden, onverkort zou gelden, zou aan art. 1230 geen behoefte zijn. Het artikel is echter allesbehalve overbodig:

---

<sup>228</sup>Pitlo Zakenrecht (1949), p. 507-508. Ook nog in deze zin Pitlo/Brahn, Zakenrecht (1987), p. 537. In de jongste, geheel herschreven Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht (1994) komt de opvatting 'verhuur is beheer' niet meer voor.

## EEN RECHTSSYSTEMATISCHE VERKLARING?

‘Want weliswaar kan de eigenaar ten nadele van de hypotheekhouder geen zakelijke rechten vestigen als erfpacht, vruchtgebruik of servituut, maar zou men hem, indien wij art. 1230 wegdenken, tevens onbevoegd verklaren een zo normale daad van beheer te verrichten als is het verhuren van een goed? Zou niet, zonder art. 1230, de onbevoegdheid ten nadele van ouder zakelijk gerechtigden zakelijke rechten te vestigen haar begrenzing vinden in beschikkingsdaden?’<sup>229</sup>

Uit dit citaat blijkt de zeer sterke werking van een later huurrecht te moeten worden afgeleid uit het beheerskarakter van verhuur. Pitlo laat echter één alinea verder volgen:

‘ingevolge art. 1612 is ook de volgende eigenaar gebonden aan deze huur (..).

Dit zou er op duiden, dat art. 7A:1612 BW de eigenlijke oorzaak van de sterke werking is, en dat zonder het artikel de hypotheekhouder een later persoonlijk recht zou kunnen negeren. Onduidelijk is derhalve in de opvatting van Pitlo, welke de oorzaak is van de sterke werking van huur: het beheerskarakter van verhuur of art. 7A:1612 BW.

Brahn voegt in zijn bewerking van Pitlo's Zakenrecht aan één en ander toe, dat de Hoge Raad de prioriteitsregel niet van toepassing acht op de verhouding hypotheek-laterere huur.<sup>230</sup> Zulks zou zijn af te leiden uit de overweging van de Hoge Raad, dat de hypotheekhouder tot uiting moet brengen dat hij de latere huur niet zal respecteren (in de veilingvoorwaarden moet de hypotheekhouder een beroep doen op het huurbeding). Terecht stelt echter de annotator van het arrest, Kleijn<sup>231</sup>, dat de Hoge Raad hier een pragmatische oplossing geeft voor het specifieke probleem, hoe de koper bevoegd te maken om de huur juridisch en feitelijk (ontruiming) te kunnen negeren. Een uitspraak over een theoretische grondslag daarvan doet de Hoge Raad niet, evenmin als over de aard van hypotheek- en/of huurrecht. In die richting gaat ook de opmerking van Brahn<sup>232</sup>, dat de Hoge Raad geen acht slaat op de vraag of verhuren een beheers- of een beschikkingsdaad is.

### 9.13.6 *Bezwaren tegen de opvatting ‘verhuur is beheer’*

Afgezien van de verschillen die reeds bestaan binnen de opvatting ‘verhuur is beheer’ en de bezwaren die door de schrijvers onderling al zijn geuit (hiervoor weergegeven), stuit die gedachte als zodanig op de nodige twijfels. Deze twijfels ondermijnen op hun beurt de ‘op het oog’ eventueel verklarende kracht van die opvatting voor de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie ‘huur-na-hypotheek’ (een kracht die er echter niet of nauwelijks is, men zie het hiervoor in de paragrafen 9.13.1 - 9.13.5 beschrevene).

‘Verhuur is beheer’ betreft vooral de redenering, dat zonder art. 1230 een eigenaar bestaande zakelijke rechten op zijn goed niet mag schenden met beschikkingsdaden, maar dat

---

<sup>229</sup>Pitlo Zakenrecht (1949), p. 507-508. Zie in deze zin bijv. ook J.J.A. de Groot, WPNR 5340 (1976), p. 166 en H.P.J.M. Coebergh, WPNR 5351 (1976), p. 349.

<sup>230</sup>Pitlo-Brahn Zakenrecht (1980) p. 537, doelend op HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 m.n. WMK, (Albers/Assmann en Donck), AA XXV, p. 536 m.n. G.

<sup>231</sup>A.w., p. 538-539.

<sup>232</sup>T.a.p.

het verrichten van (nadelige) beheershandelingen hem vrij staat. De hiertegen<sup>233</sup> aan te voeren argumenten betreffen achtereenvolgens het goederenrecht (i); het systeem van het vermogensrecht<sup>234</sup>, het publiciteitsbeginsel en de aard van het hypotheekrecht (ii); het economische effect van verhuur (iii); en een op oorzaak en gevolg gericht argument (iv).

In de eerste plaats dient het door Roes opgemerkte met betrekking tot het goederenrecht vermeld te worden<sup>235</sup>: als er al een grens tussen beheer en beschikken kan worden getrokken, is niet duidelijk waarom het beheerskarakter het argument vormt waarop een dubbele doorkruising van het goederenrecht is gebaseerd. De verhuur wordt als handeling namelijk aan het goederenrecht (de prioriteitsregel) onttrokken, en tevens gaat een later én persoonlijk huurrecht boven een ouder (of jonger) hypotheekrecht of een jonger eigendomsrecht. Roes stelt, dat de wet van huur eerder méér maakt dan een beheershandeling en dat art. 7A:1612 BW huur juist in de sfeer van beschikkingshandelingen trekt.<sup>236</sup>

In de tweede plaats wordt, in ruimere zin, het systeem van het vermogensrecht geweld aangedaan in de opvatting 'verhuur is beheer'. Immers, een verhuur buiten de hypotheekhouder om is dan jegens deze inroepbaar, ook wanneer hij bij de hypotheekverlening verhuur heeft verboden uit zorg voor behoud van de waarde van het verbondene. Van toepassing op de hypotheekhouder zijn in deze situatie ('huur-na-hypotheek') de navolgende woorden van Eggens, hoewel deze geschreven zijn voor een persoonlijk gerechtigde houder. Eggens betoogt, dat

---

<sup>233</sup>Een klein argument vóór deze opvatting zou zijn, dat de huurder zich niet hoeft af te vragen of hij, door de huur te aanvaarden, mogelijk het voor hem kenbare hypotheekrecht schendt en daarmee een onrechtmatige daad pleegt jegens de hypotheekhouder. Men zie de redenering van Eggens, hiervoor, par. 9.12.

<sup>234</sup>Vgl. Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 94, doelend op het onderscheid in goederen- en verbintenissenrecht.

<sup>235</sup>A.w., p. 92-93. Zie ook A.R. de Bruijn, RM Themis 1961, p. 108-109, die de opvatting 'verhuur is beheer' een minder gelukkige acht.

<sup>236</sup>Roes, diss., p. 92 noot 2, zet de opvatting ook af tegen de regel, welke men eveneens bij Pitlo Zakenrecht (1949), p. 507 en Pitlo/Brahm Zakenrecht (1980 en 1987), p. 537 aantreft, dat latere zakelijke rechten en a fortiori latere obligatoire rechten, waaronder die met zakelijke inslag, de hypotheekhouder niet kunnen deren. Als Roes bijv. ook A.R. de Bruijn, RM Themis 1961, p. 108.

## EEN RECHTSSYSTEMATISCHE VERKLARING?

‘(.) ieder houder te goeder trouw de materiele bescherming van art. 2014, die daarin verscholen ligt, tegen iedereen kan invoeren, *zoover zijn titel tegen zijn auteur reikt*<sup>237</sup>.’

‘Tegen iedereen’ moet, zo nuanceert Eggens vervolgens, als te algemeen gesteld, worden gelezen als:

‘(.) tegen dengene die aan zijn (des houders) auteur de zaak toevertrouwd’<sup>238</sup>.

De houder wordt niet als een zakelijk gerechtigde beschermd ‘tegen iedereen’ of een willekeurige derde, maar tegen een bepaalde derde: de rechtsopvolger van ‘s houders auteur, indien deze wist of kon weten van de verhuur.

Dit citaat kan zoals gezegd ook toegepast worden op het hypotheekrecht, op de hypotheek-‘houder’. Deze vertrouwt de zaak bij de vestiging van zijn recht in zekere zin ook toe aan zijn auteur, de hypotheekgever. Althans, hij zal in de hypotheekakte de nodige bedingen doen opnemen teneinde waardevermindering van de zaak te voorkomen. De ‘titel van een hypotheekhouder jegens zijn auteur’ reikt vrij ver: de hypotheekgever verleent een beperkt zakelijk recht op zijn goed, inhoudende een hoge voorrang bij verhaal. Zijn recht kent bescherming tegen latere goederenrechtelijke rechten omdat het is gepubliceerd en omdat het als beperkt recht geacht wordt een afsplitsing van het eigendomsrecht te zijn en daarmee een algemene derdenwerking te hebben. Tegen persoonlijke rechten, zowel eerdere als latere, is het hypotheekrecht op systematische gronden al ‘beschermd’: deze rechten zijn alleen inroepbaar jegens de wederpartij.

Zoals gezegd, wanneer nu een latere verhuur, die buiten de hypotheekhouder om plaatsvindt, jegens deze inroepbaar zou zijn óók wanneer deze bij de hypotheekverlening uit zorg voor behoud van de waarde van het verbodene de hypotheekhouder zulks heeft verboden<sup>239</sup>, wordt het systeem van het vermogensrecht doorkruist. Hetzelfde geldt voor het publiciteitsbeginsel, dat alsdan wel bescherming kan bieden tegen latere zakelijke, maar niet tegen latere persoonlijke rechten. En ook de aard van het hypotheekrecht wordt geschonden: deze brengt namelijk geenszins mee dat de hypotheekhouder het te verbinden goed onder zich dient te nemen. Hypotheek is nu eenmaal geen vuistpand. Eerst wanneer een dergelijke verplichting zou bestaan, zou de redenering gevolgd kunnen worden dat de hypotheekhouder bij schending van die verplichting (hij staat het goed toch aan de eigenaar af door het niet onder zich te nemen) de risico’s dient te dragen. Men vergelijk het zogenaamde ‘toedoen-beginsel’ dat aan huidige derdenbeschermingsbepalingen als art. 3:36, 3:86 en 3:88 BW ten grondslag ligt.<sup>240</sup> Krachtens dit beginsel zou het risico voor het handelen van de eigenaar, de auteur van de hypotheekhouder, voor rekening komen van de laatste. Zulks zou redelijk zijn (de redenering van Eggens volgend) indien en omdat deze de zaak aan de onbetamelijk handelende auteur heeft

---

<sup>237</sup>Eggens, VPO I, p. 296. (Eggens verwijst naar zijn eerdere betoog in deze zin in NJB 1926, 87 e.v.).

<sup>238</sup>A.w., p. 296, noot I en p. 308.

<sup>239</sup>Indien een dergelijk verbod al nodig wordt geacht; zie bijvoorbeeld Meijers, WPNR 2840 (1924), p. 287: ‘Ik zou hierbij ook nog op art. 1250 B. W. willen wijzen, waar eveneens de gedachte is weer te vinden, dat de hypotheekhouder bij executie het verbonden goed kan leveren in den rechtstoestand, waarin het zich op het oogenblik van het verlenen van de hypotheek bevond.’ Zie voorts hierna, hoofdstuk 10.

<sup>240</sup>Zie bijv. Goederenrecht (H.J. Snijders) (1996), nrs. 374, 385.

afgestaan<sup>241</sup> (daarmee de mogelijkheid openend tot chicanes door deze). Van een afstaan zal en kan echter geen sprake zijn bij hypotheek (afgezien van het beheersbeding van art. 3:267 BW, hetgeen echter eerst in beeld komt bij tekortschieten door de schuldenaar/hypotheekgever).

In de derde plaats kan tegen de opvatting 'verhuur is beheer' aangevoerd worden, dat verhuur krachtens algemene opvatting de waarde van het verhypothekerde goed bij executie vermindert. Het is duidelijk dat de hypotheekhouder zulks wil voorkomen. Hiertegen kan worden ingebracht dat, wanneer met beheer wordt bedoeld een handeling gericht op economische exploitatie van het verhypothekerde goed, de hypotheekhouder zich tegen een dergelijke handeling niet zou kunnen verzetten, ook niet wanneer zulks geschiedt buiten zijn medeweten. Immers, hij zal baat hebben bij de vergrote 'zekerheid' dat zijn debiteur aan zijn betalingsverplichtingen zal voldoen.<sup>242</sup>

Een vierde argument tegen de opvatting 'verhuur is beheer' is, dat in deze visie de verhuur zich 'opdringt' zowel aan een jonger eigendomsrecht als aan een ouder (of jonger) hypotheekrecht. In dat geval is de noodzaak van een artikel als 7A:1612 BW echter niet goed in te zien. De opvolgend eigenaar of de eerdere hypotheekhouder is toch wel gebonden. Het artikel is in de opvatting 'verhuur is beheer' overbodig; aan een huurbedingartikel is dan evenmin behoefte (indien de strekking van de beheershandeling geëerbiedigd moet worden).

Noch door Van Brakel, Eggens of Pitlo, noch in de literatuur die hun opvatting bekritiseert, wordt dit vierde argument - een toch wezenlijke gevolgtrekking uit het gekozen uitgangspunt - aangetroffen. Wel wordt in de bedoelde literatuur het beheerskarakter van verhuren in twijfel getrokken. Expliciet in deze twijfelende zin Van Oven (tengevolge van de werking van art. 7A:1612 BW doet verhuring juist een deel van het eigendomsrecht verloren gaan, ook voor opvolgende eigenaren)<sup>243</sup>, De Bruijn (verhuring vertoont ten gevolge van art. 7A:1612 BW grote gelijkenis met vestiging zakelijk recht)<sup>244</sup>, Roes (door art. 7A:1612 BW wordt huur juist in de sfeer van de beschikkingshandelingen getrokken).<sup>245</sup> Impliciet wellicht in deze zin te begrijpen, althans niet duidelijk dienomtrent is Eggens<sup>246</sup>: de huurder krijgt wél een deel van het eigendomsrecht en ook het recht van genot van het gehuurde; de verhuurder staat het af uit de volheid van zijn recht. Bovendien, zo stelt Eggens, is zowel verhuren als het vestigen van een beperkt recht eigendomsuitoefening. Beide verschillen slechts op *betrekkelijk* andere wijze.

De bezwaren die aldus tegen de opvatting 'verhuur is beheer' kunnen worden ingebracht en de rechtsonzekerheid die dientengevolge kennelijk bestaat met betrekking tot deze benadering, geven eens te meer aan dat noch een verklaring van art. 7A:1612 BW zelf, noch enige toepasselijkheid van dit artikel op de situatie 'huur-na-hypotheek' uit deze opvatting afgeleid kunnen worden.

---

<sup>241</sup>A.w., p. 307.

<sup>242</sup>In deze zin bijv. reeds in 1825 Van Crombrugge, weergegeven door Voorduin IV, p. 568-569 aant. II (aangehaald door Roes, diss., p. 89-91; vgl. voorts in deze zin Pitlo Zakenrecht (1949), p. 508-509, Pitlo/Brahn Zakenrecht (1980), p. 538-539, en Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 870, waar de mogelijkheid van waardeverhogende werking van verhuur wordt aangegeven.

<sup>243</sup>Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 182; (9e druk 1967, p. 170).

<sup>244</sup>RM Themis 1961, p. 108-109.

<sup>245</sup>Diss., p. 93.

<sup>246</sup>VPO I, p. 454.

*9.13.7. Conclusie*

De opvatting 'verhuur is beheer' kent diverse aanhangers, die onderling echter een verschillende uitleg voorstaan van de gevolgen van die benadering voor het huurrecht. Ook wijken zij onderling af in hun mening over de werking van art. 7A:1612 BW. Uit geen van de benaderingen van de problematiek met 'verhuur is beheer' is een verklaring af te leiden voor de algemeen - ook door de besproken schrijvers - geachte toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypothek'. Integendeel, uit sommige opvattingen, met name die van Eggens, vloeit zelfs een (grote) reeks nieuwe vragen en onduidelijkheden voort. De bezwaren tenslotte die tegen de gedachte 'verhuur is beheer' als zodanig kunnen worden ingebracht, maken een verklaring in deze zin van art. 7A:1612 BW nog minder waarschijnlijk.

**9.14. Van Oven: een 'gesplitste' werking van art. 7A:1612 BW**

Van Oven komt tot een 'gesplitste' werking van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypothek'.<sup>217</sup> Enerzijds acht hij het artikel op die situatie wél van toepassing, namelijk voorzover art. 7A:1612 BW het huurrecht in zekere zin tot een zakelijk recht doet worden (in het geval 'huur-na-hypothek' moet daarom de in het goederenrecht geldende prioriteitsregel toepassing vinden; de ouder gerechtigde hypotheekhouder gaat dan voor de latere huurder; een huurbeding is overbodig). Anderzijds acht hij het artikel niet toepasselijk op de situatie, althans spreekt hij van

'(...) het misverstand, dat in geval van executie door een hypotheekhouder, wiens recht anterior was aan de huur-overeenkomst, de huurder zich op art. 1612 zou kunnen beroepen.'<sup>218</sup>

Eén en ander is af te leiden uit Van Ovens betoog omtrent de overbodigheid van het huurbedingartikel (art. 1230 (Oud) BW).<sup>219</sup> Dit betoog verloopt als volgt. Art. 1230 BW is als zodanig overbodig, niet omdat het aan het huurbeding, ter bescherming van de hypotheekhouder, een zakelijke werking doet toekomen. Met een dergelijke uitleg van art. 1230 zou art. 7A:1612 BW 'uitgeschakeld' worden, *indien* men aan de huurder een beroep op art. 7A:1612 BW zou toekennen in het geval een oudere hypotheekhouder zou executeren. Het systeem van het zakenrecht zou dan met art. 1230 BW hersteld worden en een latere huur zou een eerder hypotheekrecht niet kunnen deren. Art. 1230 BW is overbodig, aldus Van Oven, omdat de veronderstelling, dat deze bescherming nodig is, niet juist is. Voor de huurder staat een beroep op art. 7A:1612 BW niet open in een dergelijk geval vanwege art. 7A:1612 BW zelf. Dit artikel maakt het huurrecht tot een zakelijk recht; de prioriteitsregel biedt dan het - eenvoudige - antwoord.

---

<sup>217</sup> Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 178, 182; (9e druk 1967), p. 170.

<sup>218</sup> A.w. (1978), p. 182. In de voorlaatste bewerking door Van Velten (1986) komt deze conclusie ook nog voor (p. 245-246), in de laatste bewerking (Van Velten, 1994) niet meer zo expliciet (nr. 262, 264). Zie nader hieronder.

<sup>219</sup> A.w. (1978), p. 182.

Dezelfde redenering omtrent art. 7A:1612 BW treft men enige bladzijden eerder aan.<sup>250</sup> Op de vraag namelijk of de regel van dit artikel toepassing moet vinden wanneer de ouder gerechtigde hypotheekhouder van zijn verhaalsrecht gebruik maakt, antwoordt Van Oven:

‘In beginsel zijn wij geneigd, deze vraag ontkennend te beantwoorden: voorzover het recht van de huurder, uit hoofde van genoemde regel, een zakelijk karakter heeft, is het ook onderworpen aan het hiervóór ter sprake gekomen beginsel, dat het voor oudere rechten op dezelfde zaak moet wijken. In deze gedachtengang zal dus de hypotheekhouder, overgaande tot uitoefening van zijn verhaalsrecht, de huur - mits tot stand gekomen ná de vestiging der hypotheek - kunnen negeren, m.a.w. het perceel vrij van huur te koop kunnen aanbieden.’<sup>251</sup>

Van Oven's benadering is op te vatten als een terechte en goede poging om de té sterke werking van het huurrecht uit te schakelen (deze werking houdt in, dat het huurrecht inroepbaar is, op grond van art. 7A:1612 BW, tegen een eerder hypotheekrecht). In die poging slaagt hij echter slechts ten dele. Weliswaar stelt hij terecht, dat de algemeen veronderstelde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie ‘huur-na-hypotheek’ berust op een misverstand, maar de argumentatie die hij daarvoor aanvoert, moet gekwalificeerd worden door zijn eigen woorden:

‘(...) de wijze waarop dit misverstand wordt geëcarteerd is weinig gelukkig, en heeft op haar beurt tot nieuwe misvattingen aanleiding gegeven. Misvattingen, die onvoldoende rekening houden met het algemene beginsel van zakenrecht, dat aan bestaande rechten op een zaak geen afbreuk kan worden gedaan door de vestiging van nieuwe, en die voorts aard en strekking van het hypotheekrecht als zodanig miskennen. Immers dit recht beantwoordt slechts aan zijn doel - het reserveren van een vermogensbestanddeel van de debiteur als verhaals-object voor het geval van wanprestatie -, wanneer de executerende hypotheekhouder het goed te koop kan aanbieden in de staat, waarin het zich ten tijde van het vestigen der hypotheek bevond, hetgeen wil zeggen, dat het goed dan ook in die staat door de koper wordt verkregen. De wetgever heeft verwarring veroorzaakt door de indruk te wekken, dat ter bereiking van dit resultaat een uitdrukkelijk beding nodig zou zijn.’<sup>252</sup>

Van Oven's opvatting geeft aanleiding tot een misvatting die ligt in de aanname, dat art. 7A:1612 BW óók in de situatie ‘huur-na-hypotheek’ het huurrecht tot een zakelijk recht ‘opwaardeert’. Als zodanig wordt volgens Van Oven het huurrecht in die situatie ingepast in het wettelijk systeem, zodat de prioriteitsregel toepassing kan vinden en het eerdere hypotheekrecht ingeroepen kan worden tegen het latere huurrecht. Dat hier van een misvatting gesproken kan worden, blijkt indien de oorspronkelijke ratio van art. 7A:1612 BW in ogenschouw wordt genomen. Die ratio is, zo mag men aannemen<sup>253</sup>: billijkheid jegens de huurder. Het zou immers

<sup>250</sup> Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 178; (9e druk 1967), p. 170.

<sup>251</sup> De passage is inhoudelijk ongewijzigd gebleven in de laatste bewerkingen van dit boek door Van Velten, zie Asser-Van Velten III (1994), p. 245.

<sup>252</sup> A.w., (1978), p. 182. Zie in gelijke zin bijv. Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 257; Roes, diss., hoofdstuk III en IV; Asser-Scholten Zakenrecht (1927), p. 465; E.M. Meijers, WPNR 2840 (1924), p. 287. Dat deze gedachte ook leefde in het oude recht, blijkt bijv. uit de wetgevingsgeschiedenis van art. 1612 en art. 1230 BW (vgl. resp. Voorduin V, p. 222-223 en Voorduin IV, p. 574, aant. XII).

<sup>253</sup> Zie hiervoor, hoofdstuk 1, par. 1.2.3 en hoofdstuk 8.



hoogst onbillijk zijn indien de huurder het gehuurde zou moeten verlaten als gevolg van een handeling (verkoop en levering) door zijn wederpartij bij het huurcontract, de verhuurder: die is namelijk bij uitstek degene die het huurgenot tijdens de duur van de overeenkomst moet verschaffen.<sup>254</sup> Op grond van de billijkheid nu is met art. 7A:1612 BW aan het huurrecht een min of meer zakelijke werking toegekend: bij eigendomsoverdracht van het verhuurde is het huurrecht inroepbaar tegen de nieuwe eigenaar, indien het betreft een verkoop en levering door de verhuurder zelf. Gaat het om een executie door een hypotheekhouder krachtens een hypotheekrecht dat ouder is dan het huurrecht, dan wordt de billijkheidsgedachte van art. 7A:1612 BW krachtens algemene opvatting ook toegepast. Het resultaat is: 'koop breekt geen huur', óók niet in de situatie 'huur-na-hypotheek'. Op deze wijze omvatten de woorden 'verkoop van het verhuurde' in art. 7A:1612 BW ook de executoriale verkoop en de levering door de hypotheekhouder (in het komende recht wordt zulks met zoveel woorden bepaald, art. 7:226 lid 2 Ontwerp BW<sup>255</sup>). Het gevolg is, dat het latere huurrecht inroepbaar is tegen het eerdere hypotheekrecht en dat een huurbeding noodzakelijk is, met alle interpretatieproblemen van dien.

Van Oven nu trekt de billijkheidslijn níet door - op zich terecht - van een normale eigendomsoverdracht door de verhuurder naar verkoop en levering door de oudere hypotheekhouder. Hij stelt expliciet, dat een huurder zich bij een dergelijke executie niet op art. 7A:1612 BW kan beroepen. De logische consequentie van dit uitgangspunt aanvaardt hij echter niet. Men zou namelijk verwachten, dat met de niet-toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW ook de 'opwaardering' van het huurrecht tot een semi-zakelijk recht, uit hoofde van de billijkheid, van de baan is. Anders gezegd: wanneer art. 7A:1612 BW niet van toepassing is op de situatie 'huur-na-hypotheek', is er aan de min of meer zakelijke werking van het persoonlijke huurrecht een einde gekomen.

Nu kan de vraag worden gesteld: met welk doel behoudt art. 7A:1612 BW zijn werking, zoals Van Oven voorstaat? Immers, de kern van diens opvatting ligt in de zin

'voorzover het recht van de huurder, uit hoofde van genoemde regel (van art. 7A:1612 BW, RW.), een zakelijk karakter heeft'.

Voor Van Oven luidt het antwoord kennelijk: inpassing van het huurrecht, voor de situatie 'huur-na-hypotheek', in het wettelijk systeem. Gesteld kan echter worden, dat het artikel niet nodig is om dat doel te bereiken. Indien de billijkheidsgedachte (met Van Oven) níet wordt doorgetrokken naar de situatie 'huur-na-hypotheek', is het wettelijk systeem al hersteld, dat wil zeggen, aan de algemeen veronderstelde werking van een jonger huurrecht jegens een ouder hypotheekrecht is al een einde gekomen. Het huurrecht is zonder toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW een persoonlijk recht en kan reeds op die grond niet tegen het oudere hypotheekrecht worden ingeroepen. Een 'opwaardering' op grond van art. 7A:1612 BW, zoals Van Oven voorstelt, is overbodig en kan, het zij herhaald, slechts aanleiding zijn tot nieuwe misverstanden over het artikel met deze onnodig aangenomen werking als uitgangspunt.<sup>256</sup>

<sup>254</sup>Zie de beschrijving van deze billijkheidsgedachte door Nelissen, diss. 1880, p. 9.

<sup>255</sup>Dit artikellid luidt: 'Overdracht door een schuldeiser van de verhuurder wordt met overdracht door de verhuurder gelijkgesteld.' Zie over deze bepaling hoofdstuk 1, par. 1.2.4, hoofdstuk 7 en hiervoor, par. 9.2.

<sup>256</sup>Kritiek op de visie van Van Oven heeft ook Roes, diss., p. 105-106, 91-94.

Een illustratie van dit laatste biedt de conclusie die Van Oven bereikt ten aanzien van het huurbedingartikel, art. 1230 (Oud) BW. Dit artikel acht hij overbodig, maar een voorstel tot afschaffing ervan doet hij niet. Integendeel, Van Oven staat een benadering van *art. 7A:1612 BW* in de situatie 'huur-na-hypothec' voor, waarbij aan het huurbedingartikel nog een functie toekomt, 'hoezeer ook ten overvloede':

'interpreteert men echter het artikel (art. 1230, RW) zodanig, dat het geen andere betekenis heeft dan het - hoezeer ook ten overvloede - uitschakelen van art. 1612, en mitsdien het terugkeren naar de ten aanzien van zakelijke belasting van onroerend goed geldende hoofdregel, dan komt men tot een resultaat, dat zowel past in ons rechtssysteem als beantwoordt aan de behoeften van het hypothecaire rechtsverkeer.'<sup>257</sup>

Het is onnodig te zeggen, dat met een dergelijke benadering van art. 7A:1612 BW aan de vele interpretatieproblemen en onduidelijkheden rond het huurbeding juist geen einde zal komen.

Tenslotte zij vermeld dat Roes de opvatting van Van Oven strijdig acht met de wordingsgeschiedenis van de artikelen 7A:1612 BW en 1230 (Oud) BW.<sup>258</sup> Beide artikelen stammen uit een zelfde periode van wetgeving, stelt Roes; art. 1230 ontstond naar aanleiding van art. 7A:1612 BW. De bedoeling en werking van het laatste artikel is hierbij uitdrukkelijk aan de orde geweest. De wetgever heeft de uitzonderlijke werking van art. 7A:1612 BW<sup>259</sup> duidelijk zo gewild, maar is zich van de 'onaanvaardbare en onnodige' afwijking van het goederenrechtelijk systeem kennelijk niet bewust geweest. Hij moest vervolgens een zekere omweg bewandelen om te voorkomen, dat aan de rechten van de hypotheekhouder afbreuk zou worden gedaan door verhuuring. Als gevolg van de werking van art. 7A:1612 BW echter kon de wetgever dit alleen bereiken door opnemings van art. 1230. Dit artikel heeft ten doel het recht van de huurder ten opzichte van de hypotheekhouder terug te brengen tot een zakelijk recht, concludeert Roes. Hij geeft aan, dat het resultaat hetzelfde is als dat in de opvatting van Van Oven - het huurrecht wordt, gezien zijn werking ex art. 7A:1612 BW, ingepast in het zakenrechtelijk systeem<sup>260</sup> -, maar de historische gegevens worden in ieder geval gerespecteerd.

---

<sup>257</sup>A.w. (1978), p. 182. Een soortgelijke redenering treft men aan bij P.H.H.G. Veugen, WPNR 5181 (1972), p. 317-318.

<sup>258</sup>Roes, p. 105-106, 91-94.

<sup>259</sup>Het artikel maakt het huurrecht tot een recht dat sterker werkt dan een goederenrechtelijk recht (zie hiervoor, par. 9.10, de opvatting van Roes).

<sup>260</sup>Roes, diss., p. 106. Deze benadering - het huurbeding (art. 1230 BW) dient als correctie op de te sterke werking van art. 1612 BW - is overigens aan te treffen in een groot deel van de literatuur. Zie bijv. de door Roes, p. 94, noot 1 genoemde schrijvers, en ook bijv. Hijma, diss., p. 244-245. Zie voorts hierna, hoofdstuk 10.

Omtrent dit betoog van Roes kan worden opgemerkt, dat het zeer de vraag is, of aan die historische gegevens een dergelijke verstrekkende betekenis kan worden toegekend.<sup>261</sup>

### 9.15. Van Lier: rechtsgeldig door de eigenaar aangegane (huur)overeenkomsten

Dicht bij het bestaande systeem blijft Van Lier<sup>262</sup>, door art. 7A:1612 BW in verband met het huurbedingartikel (art. 1230 (Oud) BW) te interpreteren. Zijn redenering verloopt als volgt.

Door hypotheek te vestigen beperkt de eigenaar zich in zijn bevoegdheid; hij verbindt zich - en is verplicht uit hoofde van de goede trouw jegens de hypotheekhouder - om het onderpand dezelfde waarborg te doen zijn als deze bij het vestigen van de hypotheek bood.<sup>263</sup> De hypotheekhouder die het huurbeding heeft gemaakt en heeft doen opnemen in de registers, kan zich jegens derden op die beperking in de beschikkingsmacht<sup>264</sup> van de eigenaar beroepen, juist door die publicatie.

^ Aldus is de zin, de betekenis van art. 1230 B.W.<sup>265</sup>.

Heeft nu de eigenaar in strijd met het huurbeding verhuurd, dan kan de hypotheekhouder het verbonden goed niettemin vrij van de verboden huur executeren. Art. 7A:1612 BW kan niet gelden voor deze situatie, want, zo stelt Van Lier, dat artikel betreft slechts *rechtsgeldig* door de eigenaar aangegane (huur)overeenkomsten.<sup>266</sup> Huurovereenkomsten, aangegaan door de eigenaar nadat hij op het te verhuren goed reeds een recht van hypotheek had gevestigd (waarbij krachtens een huurbeding verhuur was verboden), kunnen door de hypotheekhouder bij de executie worden genegeerd.

In deze formulering van Van Lier en met name door de nadruk op 'rechtsgeldig aangegane huurovereenkomsten', lijkt het huurbedingartikel een duidelijke bestaansreden te hebben: de eigenaar is *als gevolg van* de werking van art. 1230 in zijn bevoegdheid tot verhuring beperkt.<sup>267</sup> De conclusie is dan, dat wanneer een hypotheekhouder het huurbeding niet maakt, hij krachtens art. 7A:1612 BW latere verhuringen moet respecteren.

Van Lier poneert tegelijkertijd echter stellingen die meebrengen, dat een huurbedingartikel overbodig is. Zo bijvoorbeeld, waar hij schrijft dat een eigenaar zich door verhypothekering van zijn goed zich zozeer heeft beperkt in zijn bevoegdheden, dat latere beschikkingen, waaronder Van Lier ook een verhuring begrijpt, de hypotheekhouder niet kunnen deren (een soort prioriteitsregel).<sup>268</sup> Of waar hij het uitgangpunt verdedigt, dat een hypotheekhouder datgene mag verkopen en leveren, hetgeen hem bij vestiging van de hypotheek in zekerheid was gegeven.<sup>269</sup>

<sup>261</sup>Zie hiervoor, paragraaf 9.10 en hoofdstuk 8, paragraaf 8.7.3.

<sup>262</sup>Preadvies (1924).

<sup>263</sup>A.w., p. 185-186, 247 e.v., 251 e.v..

<sup>264</sup>Van Lier spreekt van 'beschikken', ook als het om verhuren gaat; zo bijvoorbeeld expliciet op p. 185: '(..) om er over te beschikken (over de onroerende zaak, RW) b.v. door het eigen voordeel te verhuren, (..)'

<sup>265</sup>Van Lier (1924), p. 260.

<sup>266</sup>A.w., p. 244, 247-251, 253.

<sup>267</sup>Zie bijvoorbeeld p. 253, 255 en 257.

<sup>268</sup>Zie bijvoorbeeld p. 185, 247.

<sup>269</sup>Zo bijvoorbeeld op p. 185-186, 247-248, 251.

In de benadering door Van Lier blijft aldus de vraag onbeantwoord, op grond waarvan een hypotheekhouder een latere huurovereenkomst zou kunnen negeren: zijn hypotheekrecht als zodanig, de prioriteitsregel, of het bij de vestiging van zijn hypotheekrecht gemaakte huurbeding? Een verklaring voor de algemeen veronderstelde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek' biedt Van Lier dan ook niet. Sterker, het is niet duidelijk óf art. 7A:1612 BW in diens visie een dergelijke werking heeft. Dit wordt duidelijk, indien de vraag gesteld wordt wat zou moeten gelden, wanneer de huur niet-rechtsgeldig is aangegaan maar de hypotheekhouder geen beroep op het gemaakte huurbeding doet: geldt art. 7A:1612 BW volgens Van Lier dan wel of niet? Anders geformuleerd: verkrijgt de huurder in dat geval bescherming van het artikel, of kan de hypotheekhouder het huurrecht niettemin negeren? Een antwoord is aan de hand van de opvatting van Van Lier niet te geven.

### 9.16. H.J. Snijders: annexatie van de huurvordering

In zijn noot onder het arrest Van Berkel/Tribosa<sup>270</sup> knoopt Snijders aan bij de uitspraak door de Hoge Raad in dit arrest, dat wanneer de eigenaar-verhuurder het verhuurde onroerend goed aan een ander verkoopt en levert, hij daarmee ingevolge art. 7A:1612 BW lid 1 *het vorderingsrecht* met betrekking tot de huurpenningen op de verkrijger doet overgaan.<sup>271</sup> Snijders verwijst voor de plaatsing van de term 'vorderingsrecht' naar de driedeling die Heemskerk in zijn oratie<sup>272</sup> maakt tussen subjectief recht, vorderingsrecht en rechtsvordering. De rechtsvordering is in die driedeling de processuele handeling, het vorderingsrecht (*ius agendi*) is het materiële recht om een subjectief recht in rechte te verwezenlijken, het subjectieve recht is de materiële aanspraak, ook wel aangeduid als vordering. Bij een huurovergang ex art. 7A:1612 BW, zo betoogt Snijders, verkrijgt de nieuwe eigenaar

---

<sup>270</sup>HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172, p. 636. Zie voor een uitwerking van dit betoog dezelfde schrijver in BW-krant Jaarboek 1992, p. 17-30.

<sup>271</sup>R.o. 3.3., 3e alinea.

<sup>272</sup>W.H. Heemskerk (1974).

## EEN RECHTSSYSTEMATISCHE VERKLARING?

het vorderingsrecht om eventueel in rechte de huurpenningen verschuldigd over de periode vanaf de huurovergang te incasseren.<sup>273</sup>

Het vorderingsrecht annexeert aldus het subjectieve recht (tot welks bescherming het dient, art. 3:304 BW<sup>274</sup>) wanneer het ontstaat.<sup>275</sup> De rechtsgrond voor de annexatie vormt de overgang van de huurverhouding (de bron van vorderingsrecht en subjectief recht).<sup>276</sup>

Nu ging het in het geval Van Berkel/Tribosa om een beslag op toekomstige huurvorderingen, gevolgd door een executie van het verhuurde pand door de hypotheekhouder. Art. 505 lid 2 Rv was niet van toepassing (het beslag rustte niet op het verhuurde registergoed), art. 475h Rv wel. De Hoge Raad oordeelde dat een derdenbeslag op (toekomstige) vorderingen ex art. 475h Rv. kan worden tegengeworpen aan een hypotheekhouder met een anterieur hypotheekrecht, en daarmee ook aan de verkrijger van het verhuurde goed.<sup>277</sup>

In de literatuur die verschenen is naar aanleiding van dit arrest lijkt niet betwist te worden, dat krachtens art. 7A:1612 BW de huurverhouding, als bron van de huurvorderingen die in de toekomst nog moeten ontstaan, overgaat op de verkrijger van het verhuurde pand.<sup>278</sup> Ook Snijders betoogt in deze zin, waar hij stelt dat de overgang van de huurverhouding de rechtsgrond voor de annexatie vormt (zie hierboven). Art. 7A:1612 BW is aldus de motor van de annexatie: dit artikel doet ook het vorderingsrecht met betrekking tot de huurpenningen verschuldigd over de periode vanaf de huurovergang, overgaan op de verkrijger. Het is dit vorderingsrecht dat de subjectieve rechten (de huurvorderingen) annexeert wanneer deze ontstaan (uit de huurverhouding tussen verkrijger en huurder).

Bij beslag, cessie en verpanding ontbreekt een rechtsgrond als art. 7A:1612 BW en alsdan werkt het annexatieproces in omgekeerde richting, aldus Snijders.<sup>279</sup> Degene die een subjectief recht op (toekomstige) huurpenningen verkrijgt, zal met het oog op art. 3:304 BW ook een vorderingsrecht moeten verkrijgen, wil hij in zijn subjectieve recht beschermd worden. Deze

<sup>273</sup>BW-krant Jaarboek 1992, p. 21-22.

<sup>274</sup>Indien 'rechtsvordering' in dit artikel wordt gelezen als vorderingsrecht, vgl. Snijders, a.w., p. 21. Zie over deze uitleg W. Snijders, in: Voorontwerp Burgerlijke Rechtsvordering (1994), p. 5-8. Zie ook Snijders/Ynzonides/Meijer (1997), nr. 4; Van Swaaij, diss., p. 267-268.

<sup>275</sup>Een soortgelijke benadering waarin de actie of de rechtsvordering voorafgaat aan het vorderingsrecht en het subjectieve recht treft men aan in het klassieke Romeinse recht. Zie hierover bijvoorbeeld Schrage (1977), p. 6, 10 en 30. Op p. 6 valt te lezen: 'Voor het moderne recht geldt het subjectieve recht als primaat van of grondslag voor de rechtsvordering: *ubi ius ibi actio*, waar een recht is, is een vordering. Voor het Romeinse recht geldt het omgekeerde: *ubi actio ibi ius*, waar een vordering is, is een recht. Anders gezegd, het klassieke Romeinse recht vindt zijn fundament in de *actiones*. Een verwante benadering voor het Belgische recht hanteert ook D. Michiels, Rechtskundig Weekblad 1991-1992 - nr. 20 - 18 januari 1992, p. 658 (met verwijzing naar overige literatuur): 'Juridisch dient artikel 1743 B.W. te worden geanalyseerd als een beding ten behoeve van derden (van de vervreemder ten behoeve van de huurder, voor de uitvoering van de verbintenissen uit de huurovereenkomst die moet plaatshebben na de vervreemding) *gekoppeld aan een overdracht van schuldvordering* (van de vervreemder aan de verkrijger, wat de periode na de vervreemding betreft)' (cursivering RW). Zie over deze materie ook Schoordijk (1986), p. 421-422; Van der Kwaak, diss., p. 6-14, en hiervoor, hoofdstuk 8, par. 8.4.2.

<sup>276</sup>Zie BW-krant Jaarboek 1992, p. 21-22.

<sup>277</sup>R.o. 3.3.

<sup>278</sup>Zie hiervoor, hoofdstuk 2, par. 2.4 en hoofdstuk 3.

<sup>279</sup>BW-krant Jaarboek 1992, a.w., p. 22.

benadering geldt ook ten aanzien van de beslaglegger, die zich mag verhalen op huurpenningen ter zake van subjectieve rechten van de verhuurder.

Snijders betoogt nu, dat de richting van het annexatieproces wordt bepaald door de aard van de mutatie. Staat het vorderingsrecht centraal (art. 7A:1612 BW), dan volgt het subjectieve recht dat vorderingsrecht. Staat het subjectieve recht centraal, zoals bij beslag op of cessie/verpanding van toekomstige huurvorderingen, dan volgt het vorderingsrecht het subjectieve recht (wanneer dit ontstaat).

Hoe dient in Snijders' leer de verklaring van de uitkomst in het arrest Van Berkel/Tribosa te zijn? In die casus werd het beslag eerder gelegd dan de overgang van de huurverhouding ex art. 7A:1612 BW plaatsvond. Het beslag prevaleerde volgens de Hoge Raad. Wanneer de aard van de mutatie (beslag) de richting van de annexatie bepaalt, dient er wel sprake te zijn van toepassing van de 'relatieve prioriteitsregel van de Hoge Raad', aldus Snijders: de oudere beschikkingshandeling dient boven de jongere te prevaleren, het beslag annexeert omdat het eerder is gelegd dan de overgang ex art. 7A:1612 BW plaatsvond.<sup>280</sup> Het beslag op de toekomstige subjectieve rechten annexeert het vorderingsrecht met betrekking tot die rechten, wanneer deze in het vermogen van de nieuwe verhuurder ontstaan.

Bij de opvatting van Snijders valt de volgende kanttekening te plaatsen. Het arrest Van Berkel/Tribosa betrof een derdenbeslag op toekomstige huurvorderingen, dat was gelegd onder de *oorspronkelijke* verhuurder. Met het oog op dit laatste laat een annexatie in de omgekeerde richting (het vorderingsrecht annexeert de subjectieve rechten) met dezelfde hoofdrolspelers zich moeilijk denken. Immers, wanneer een overgang (van het vorderingsrecht) ex art. 7A:1612 BW heeft plaatsgevonden, is de huurverhouding op de verkrijger overgegaan. Hij is de nieuwe verhuurder, aan wie de huurpenningen vanaf de overgang van de huurverhouding verschuldigd worden. Een schuldeiser van de *oorspronkelijke* verhuurder kan dus na de overgang ex art. 7A:1612 BW (de inschrijving van de akte van overdracht of van het proces-verbaal van toewijzing (na executie) in de openbare registers) geen derdenbeslag meer leggen op toekomstige huurpenningen die aan de *oorspronkelijke* verhuurder verschuldigd zullen worden. (Kenmerkend voor een overgang ex art. 7A:1612 BW is immers, dat de huurvorderingen over de periode tot aan de overgang aan de oude eigenaar toekomen, en die over de periode na de overgang aan de nieuwe eigenaar<sup>281</sup>). Een botsing tussen deze schuldeiser en de nieuwe verhuurder is dus in de volgorde 'overgang ex art. 7A:1612 BW - beslag' niet goed voorstelbaar.

De rol van art. 7A:1612 BW in de annexatieleer lijkt daarmee vooral te zijn: het doen overgaan van de huurverhouding én van het vorderingsrecht met betrekking tot de toekomstige huurvorderingen. Door de overgang van het vorderingsrecht worden ook de toekomstige huurpenningen ten gunste van de nieuwe eigenaar geannexeerd. In casu betrof het een executie van het verhuurde pand door de hypotheekhouder. Daarmee kan aangenomen worden, dat in deze leer de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek' niet ter discussie staat. Sterker zelfs: het artikel vormt de rechtsgrond voor de betreffende annexatie: zonder toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op deze situatie is er namelijk geen overgang van de huurverhouding. Het feit dat in de betreffende zaak het huurbeding niet door de veilende hypotheekhouder werd ingeroepen, onderstreept die - ook door de Hoge Raad - veronderstelde toepasselijkheid nog eens.

<sup>280</sup>BW-krant Jaarboek 1992, p. 26, 30.

<sup>281</sup>Dit kenmerk van art. 7A:1612 beschrijft Snijders uitdrukkelijk, zie BW-krant Jaarboek, a.w., p. 20, 21-22.

## EEN RECHTSSYSTEMATISCHE VERKLARING?

Met andere woorden: de annexatieleer - als verklaring van de uitkomst in het (bijzondere) geval van Van Berkel/Tribosa - kan niet bestaan zonder de aanname, dat art. 7A:1612 BW de situatie 'huur-na-hypothec' bestrijkt. Voor de vraag of die aanname juist is en zo ja, waarom, kan de annexatieleer geen uitleg of verklaring bieden.

### 9.17. Meijers: verhuur in strijd met het huurbeding 'is gelijk aan' vestiging van een beperkt recht; art. 1230 is echter toch nodig

Meijers onderschrijft in 1924 de opvatting, dat verhuren een afstand van een gedeelte van de eigenaarsbevoegdheden inhoudt.<sup>282</sup> Hij betoogt dat tengevolge van art. 7A:1612 BW jegens de hypotheekhouder het aangaan van een huurcontract qua werking geheel gelijk is aan de vestiging van een beperkt zakelijk recht.<sup>283</sup> Hij doet daarop echter volgen:

'Evenmin als een na de hypotheek gevestigd zakelijk recht, den kooper na executie kan deren, evenmin kan dit een recht van huur, dat in strijd met art. 1230 B.W. verleend is. Ik zou hierbij ook nog op art. 1250 B.W. willen wijzen, waar eveneens de gedachte is weer te vinden, dat de hypotheekhouder bij executie het verbonden goed kan leveren in den rechtstoestand, waarin het zich op het oogenblik van het verleenen van de hypotheek bevond.'<sup>284</sup>

Met deze mededeling is het onduidelijk, *waarom* de hypotheekhouder de latere huur kan negeren: is dit

a. omdat het huurrecht gezien moet worden als een soort later zakelijk recht? De prioriteitsregel is in dat geval van toepassing en een huurbeding is overbodig. Een vraag blijft dan echter, waarom het huurrecht ook in de situatie 'huur-na-hypothec' tot een soort zakelijk recht is verworden: is dit terug te voeren op de werking van art. 7A:1612 BW? Bij een bevestigend antwoord is men aangeland bij de inconsequentie, hierboven in paragraaf 9.14 beschreven naar aanleiding van de visie van Van Oven: het is de billijkheid die ten grondslag ligt aan art. 7A:1612 BW en die het huurrecht met het oog op de belangen van de huurder min of meer zakelijk doet worden, maar in de situatie 'huur-na-hypothec' wordt van de billijkheid jegens de huurder afgezien; slechts de zakelijke werking die er het gevolg van was, wordt gehandhaafd;

b. op grond van zijn hypotheekrecht in combinatie met art. 7A:1612 BW (tengevolge van art. 7A:1612 BW is jegens de hypotheekhouder het aangaan van een huurcontract qua werking geheel gelijk aan de vestiging van een beperkt zakelijk recht)? De gevolgen van deze benadering zijn onder a. aangegeven;

---

<sup>282</sup>WPNR 2840, p. 285-288, besprekende de Preadviezen van Vlugs (1924) en Van Lier (1924). Zie ook hiervoor, par. 9.6.2, omtrent Meijers' pleidooi voor inschrijving van het huurrecht.

<sup>283</sup>WPNR 2840 (1924), p. 287 l.k.. Zie ook de noot onder het arrest De Boer/Haskerveenpolder (HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848), p. 1266 r.k., waar Meijers stelt: 'De fout zit bij den wetgever, die maar steeds niet erkennen wil, dat tengevolge van art. 1612 B.W. de huur zakelijke werking heeft, (...)'.  
<sup>284</sup>WPNR 2840, p. 287 l.k. Art. 1250 Oud BW luidde: 'De erfdienstbaarheden en andere zakelijke regten, zoo wel ten laste als ten bate van het uitgewonnen goed, die door den overgang aan den derden bezitter waren te niet gegaan, herleven, nadat hetzelfde aan een ander is toegewezen.'

c. op grond van de vestiging van een recht van hypotheek waarbij het beding van art. 1230 is gemaakt? In dit geval moet verondersteld worden, dat art. 7A:1612 BW van toepassing is op de situatie 'huur-na-hypotheek' en dat daardoor de latere huur, wanneer het beding niet gemaakt is bij de hypotheekvestiging, een méér dan zakelijke werking heeft (indien het latere huurrecht wordt vergeleken met latere beperkte rechten (zie voor deze benadering hiervoor, paragraaf 9.10 (Roes)).

De onder a-c vermelde opties geven aan, dat uit de benadering door Meijers van art. 7A:1612 BW en de situatie 'huur-na-hypotheek' geen verklaring is af te leiden voor de algemeen veronderstelde toepasselijkheid van het artikel op een later huurrecht. Integendeel zelfs, het is niet alleen onduidelijk óf een later huurrecht inroepbaar is tegen een eerder hypotheekrecht, de vraag is bovendien welke de grond voor een wel- of niet-inroepbaarheid zou zijn. Met andere woorden: ongeacht tot welke conclusie wordt gekomen (wel- of niet-inroepbaarheid), het *waarom* ervan alsook de rol en de uitleg van art. 7A:1612 BW worden niet helder. Aan de in de hoofdstukken 2 tot en met 7 weergegeven interpretatieproblemen en onduidelijkheden rond het huurbeding zal met deze benadering dan ook geen einde komen.

### 9.18. Conclusie hoofdstuk 9

In dit hoofdstuk zijn vele rechtssystematische benaderingen van art. 7A:1612 BW in samenhang met het huurbeding onderzocht. Geen van alle kan echter een rechtvaardiging van of een verklaring voor de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW bieden. Weliswaar wordt in de verschillende benaderingen op zeer uiteenlopende wijze getracht om de gevolgen van de ruime uitleg zo goed mogelijk in te passen in het systeem van het burgerlijk recht, vooral door een verklaring te zoeken voor 'de werking van het huurbeding', maar de vraag naar de oorzaak van de omvangrijke problematiek wordt, op een enkele uitzondering na (Van Oven, Roes), niet gesteld. De toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek' wordt vrijwel algemeen en meestal impliciet als een vaststaand gegeven aangenomen.



## 10. Eigen opvatting: een beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW

### 10.1. Inleiding

In de hoofdstukken 2 tot en met 7 bleek dat de heersende opvatting art. 7A:1612 BW ruim uitlegt en uitgaat van toepasselijkheid van het artikel op de situatie 'huur-na-hypotheek': een hypotheekhouder moet een huurrecht dat tot stand komt nádat het hypotheekrecht is gevestigd (op een onverhuurd goed) respecteren. Eveneens werd duidelijk, dat de vele onduidelijkheden en de rechtsonzekerheid rond 'het huurbeding' veroorzaakt worden door deze uitleg van art. 7A:1612 BW. Over de ruime uitleg kan kortweg gesteld worden: het is een *te* ruime uitleg<sup>1</sup>, de problematiek die eruit voortvloeit is geheel overbodig.

Een beperkte en naar mijn mening juiste uitleg van art. 7A:1612 BW ligt dan ook voor de hand. Daarbij kan de bestaande bescherming voor huurders van woonruimte, nu neergelegd in art. 3:264 lid 5-8 BW, blijven zoals zij is.<sup>2</sup> Een huurbedingartikel als zodanig is niet langer nodig en kan vervallen. Hetzelfde geldt voor het pachtbeding van art. 3:264 lid 3 BW; hetgeen hierna wordt betoogd voor de situatie 'huur-na-hypotheek' is mutatis mutandis van toepassing op de situatie 'pacht-na-hypotheek'.

Bij de beperkte uitleg dient uitgegaan te worden van

'(.) het algemene beginsel van zakenrecht, dat aan bestaande rechten op een zaak geen afbreuk kan worden gedaan door de vestiging van nieuwe, (...).'<sup>3</sup>

Dit beginsel kan zonder bezwaar onverkort toegepast worden op de situatie 'huur-na-hypotheek'. De gevolgen zijn: art. 7A:1612 BW is *niet* van toepassing op die situatie, een ná het hypotheekrecht verleend huurrecht vervalt in beginsel bij uitoefening van het hypotheekrecht (executie), een huurbeding is overbodig en aan de verwarring, de vele interpretatieperikelen en de voortdurende rechtsonzekerheid komt een einde. Ter vergelijking: in het huidige recht moet het beginsel 'gehandhaafd' worden door aan de hypotheekhouder de mogelijkheid toe te kennen een huurbeding te maken, met alle interpretatieproblemen van dien. Het huurbeding is echter noodzakelijk omdat het beginsel eerst volledig de pas wordt afgesneden door art. 7A:1612 BW wél van toepassing te achten op de situatie 'huur-na-hypotheek'.

Het genoemde beginsel mag geacht worden een fundament van het huidige rechtssysteem te vormen. Het vloeit voort uit de indeling in goederen- en verbintenissenrecht en is aanwijsbaar aanwezig in wet, rechtspraak en literatuur. Reeds daarmee bestaat een breed draagvlak voor de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW. Dit draagvlak mag op zijn minst wonderlijk genoemd

---

<sup>1</sup>J.B.M. Roes, WPNR 5173 (1972), p. 221-222 en WPNR 5987 (1991), p. 5 spreekt zich in gelijke zin uit; in zijn dissertatie van 1970 echter lijkt hij de werking van het artikel toch op historische gegevens en een kennelijke bedoeling van de wetgever terug te willen voeren; zie omtrent één en ander hiervoor, hoofdstuk 9, par. 9.10.

<sup>2</sup>Zie voor deze gedachte, dat een beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW niet automatisch een achteruitgang van de positie van de huurder hoeft mee te brengen, reeds J.B.M. Roes, WPNR 5173 (1972), p. 222 en het oud-Nederlandse recht, hierna, in par. 10.2.2 sub d en e besproken.

<sup>3</sup>Aldus Van Oven in Asser-Van Oven Zakenrecht (1967), p. 171; Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 182. In gelijke zin lijkt te redeneren Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), mrs. 255, 262 en 268; zie echter de ook de hierna bij noot 44 gemaakte opmerkingen. Zie voorts hierna, par. 10.2.2 sub c. Vgl. ook het overzicht van literatuur bij Verbintenissenrecht (E.B. Rank-Berenschot), Art. 249-257.Alg., aant. 80.4.

worden, omdat tegelijkertijd de te ruime uitleg algemeen wordt aangehangen, een uitleg die het beginsel geheel frustreert. Op één en ander wordt in paragraaf 10.2 nader ingegaan.

In paragraaf 10.3 wordt de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW toegepast op het huidige recht en ingepast in bestaande wetsartikelen. Blijken zal, dat de knelpunten in het huidige recht worden 'opgelost' in de letterlijke betekenis van dat woord. De beperkte uitleg behoeft immers niet te worden ingepast of getransplanteerd in het huidige rechtssysteem, met nieuwe interpretatieperikelen tot gevolg, maar ligt reeds besloten in het huidige recht. Past men hem toe, dan wordt aan de bestaande problemen niet eens toegekomen. Wat 'enkel' dient te geschieden, is het verwijderen uit het juridische denken van de onjuiste veronderstelling, dat art. 7A:1612 BW van toepassing is in de situatie 'huur-na-hypotheek'.<sup>1</sup>

In paragraaf 10.4 worden bezwaren die in het verleden zijn geuit tegen verval van het huurbeding, besproken. Ook hier echter blijkt in vrijwel alle gevallen de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW aan het betreffende bezwaar ten grondslag te liggen.

In paragraaf 10.5 zal de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW voorzien worden van 'de lakmoesproef': een toetsing aan de vragen en problemen die spelen in het thans geldende recht. Blijken zal, dat de conclusie van de hoofdstukken 2 tot en met 7 - de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW is de oorzaak van de complicaties en raadsels - een juiste is. De naar huidig recht bestaande problemen zijn overbodig, omdat zij in de beperkte uitleg van het artikel komen te vervallen zónder dat aan de rechtspositie van hypotheekgever, hypotheekhouder of huurder iets ten nadele verandert. Er is slechts een verandering ten goede: het door de wetgever nagestreefde doel - bescherming van én een bestaand hypotheekrecht én een nadien verleend huurrecht (van woonruimte ex art. 7A:1623a-1623f BW) - wordt bereikt zónder een huurbeding en zónder de daaraan klevende moeilijkheden.

Er zij nog opgemerkt, dat toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de omgekeerde situatie, 'hypotheek-na-huur', geen bezwaren ontmoet. In dat geval, waarin het huurrecht reeds bestaat op het moment van hypotheekvestiging, is er geen 'te ruime' uitleg zoals in de situatie 'huur-na-hypotheek'. Interpretatieproblemen en onduidelijkheden doen zich niet voor en ook uit een oogpunt van rechtssystematiek is er niets op tegen om dan het artikel, evenals thans het geval is, de huurder bescherming te laten bieden.

Met een conclusie wordt dit hoofdstuk besloten (10.6).

## 10.2. Karakterisering en grondslag van de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW

### 10.2.1. Karakterisering

De belangrijkste karakteristiek van de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW is deze: het artikel beschermt alleen bestaande huurrechten tegen latere (goederenrechtelijke) rechtshandelingen door de eigenaar/hypotheekgever. Bij goederenrechtelijke rechtshandelingen valt te denken aan

---

<sup>1</sup>Van Oven, t.a.p. en ook Roes, diss., p. 91-94, 108-109 en WPNR 5987 (1991), p. 5, poneren reeds deze stelling: Van Oven echter voert de gedachte niet consequent door, met een onzuivere uitwerking tot gevolg, terwijl Roes (in zijn dissertatie), zoals ook hierboven bij noot 1 aangegeven, een kennelijke bedoeling van de wetgever met art. 7A:1612 BW lijkt te zien. Zie over de benadering van Van Oven en Roes hiervoor, hoofdstuk 9, par. 9.14 resp. 9.10. Vgl. voorts Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 262.

eigendomsoverdracht van het verhuurde goed door de eigenaar/verhuurder, of, ex art. 3:8 jo. art. 3:98 BW, aan vestiging door deze van een beperkt recht op dat goed, dan wel overdracht van dat latere beperkte recht. Het artikel bestrijkt *niet* de situatie waarin een hypotheekhouder executeert krachtens een aan het huurrecht *anterieur* hypotheekrecht ('huur-na-hypotheek'). Indien een dergelijke *anterieur* gerechtigde hypotheekhouder executeert, is art. 7A:1612 BW *niet* op de executie 'verkoop' van toepassing, hoezeer ook schijnbaar sprake is van een 'koop-na-huur'-situatie. Het ná de hypotheekvestiging verleende huurrecht kan niet tegen de hypotheekhouder worden ingeroepen; hij kan het verbonden goed 'vrij van huur' verkopen en leveren, een huurbeding heeft hij daartoe niet nodig. Art. 7A:1612 BW ziet aldus enkel op een eigendomsoverdracht-na-verhuur door de verhuurder zelf of door een hypotheekhouder die executeert krachtens een aan het huurrecht *posterieur* hypotheekrecht ('hypotheek-na-huur'). In het laatste geval weet de huurder zich beschermd tegen een *latere bezwaring* van het verhuurde door zijn wederpartij, de verhuurder (vgl. art. 3:8 jo. art. 3:98 BW).

De beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW ligt reeds in het wettelijk systeem besloten, want hetgeen geldt voor het meerdere (overdracht-na-huur), geldt via art. 3:8 jo. art. 3:98 BW zeker voor het mindere (verhypotheekering-na-huur). De beperkte bescherming veroorzaakt geen rechtssystematische en praktische problemen en kan, zoals in het geldende recht het geval is, gegrond worden op de traditionele en oorspronkelijke bedoeling van art. 7A:1612 BW: bescherming van de huurder tegen een latere vervreemding van het verhuurde door zijn wederpartij, de verhuurder. Die oorspronkelijke bedoeling is terug te voeren op de indeling in goederen- en verbintenissenrecht. Een consequente doorvoering daarvan zou leiden tot een grote onbillijkheid jegens de huurder: tengevolge van een handeling van zijn wederpartij, de verhuurder, zou het oudere persoonlijke huurrecht kunnen worden genegeerd door de opvolgende eigenaar. Op deze billijkheidsgrond is art. 7A:1612 BW gestoeld. De 'almacht' van een goederenrechtelijk gerechtigde op grond van de genoemde indeling wordt gecorrigeerd door het idee dat bestaande huurrechten gerespecteerd dienen te worden. Aan de bedoeling van art. 7A:1612 BW wordt aldus volledig recht gedaan, wanneer het artikel in beginsel enkel ziet op overdracht van de eigendom door de *eigenaar/verhuurder* of door een aan het huurrecht *posterieur* gerechtigde. Krachtens het systeem zoals is verwoord in de artikelen 3:8 en 3:98 BW is één en ander dan ook van toepassing op een latere bezwaring door de *eigenaar/verhuurder* of op een overdracht van dat latere beperkte recht.

Past men de beperkte uitleg toe op de verhouding tussen een *bestaand* hypotheekrecht en een *latere* verhuring door diezelfde eigenaar/verhuurder, dan is er geen reden om te vrezen voor het recht van de hypotheekhouder en evenmin voor de noodsprong naar een huurbeding met alle complicaties van dien.

Met de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW is het recht in evenwicht. Werd het hypotheekrecht gevestigd op een onverhuurd goed, dan gaat het op grond van de geldende vermogensrechtelijke beginselen vóór een later huurrecht. Werd het hypotheekrecht gevestigd op een verhuurd goed, dan gaat het bestaande huurrecht vóór het latere hypotheekrecht (op grond van de traditionele betekenis van art. 7A:1612 BW). Een nieuwe verhuring op gelijke voorwaarden dient de hypotheekhouder eveneens te respecteren, zulks gezien zijn oorspronkelijke rechtspositie bij de hypotheekvestiging (risico-inschatting: hypotheek op een verhuurd goed). Anders gezegd: de volgorde van totstandkoming van rechten bepaalt in beginsel ook de onderlinge volgorde; het oudere recht gaat voor het jongere. Executeert de hypotheekhouder op grond van zijn recht dat *ouder* is dan het huurrecht, dan komt aan art. 7A:1612 BW geen werking toe. De hypotheekhouder kan het verbonden goed in veiling brengen in de

juridische staat waarin hij het verkreeg: onverhuurd. Aan een huurbeding dat hij reeds bij de hypotheekvestiging dient op te nemen, heeft hij in het geheel geen behoefte.

In de beperkte uitleg doorkruist art. 7A:1612 BW niet langer het bestaande systeem; er is geen spanningsveld meer tussen - met name - de hypotheekhouder en de huurder, omdat een jonger huurrecht niet meer inroepbaar is tegen een ouder hypotheekrecht. Recht wordt gedaan aan de rangorde die bestaat op grond van het onderscheid tussen goederenrechtelijke (absolute) en persoonlijke rechten, alsmede op grond van het goederenrechtelijke beginsel dat bestaande rechten gerespecteerd dienen te worden, de nemo plus-regel en de prioriteitsregel die gelden in het goederenrecht.

### 10.2.2. Grondslag

Het beginsel van het goederenrecht, dat bestaande goederenrechtelijke rechten gerespecteerd dienen te worden, kan gezien worden als de grondslag van de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW, dus als de grondslag van het *niet*-toepasselijk zijn van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek'. Het beginsel vloeit voort uit de wettelijke indeling in goederen- en verbintenissenrecht. Een bestaand goederenrechtelijk recht kan op grond van deze indeling noch worden aangetast door een later gevestigd goederenrechtelijk recht (nemo plus- en prioriteitsregel), noch in beginsel door een persoonlijk recht, ongeacht of dit van eerdere of latere datum is dan het goederenrechtelijke recht. Dit laatste is terug te voeren op het absolute karakter van een goederenrechtelijk recht. Gezien deze algemene vermogensrechtelijke oorsprong van het beginsel zou het onjuist zijn om dit uitsluitend als 'goederenrechtelijk' te zien en er uit af te leiden, dat het buiten het goederenrecht niet zou gelden. Dan immers zou dit algemene beginsel niet gelden voor het persoonlijke huurrecht en zou dat huurrecht inroepbaar zijn tegen een goederenrechtelijk recht. Het volgende mag dit nader verduidelijken.

Op het eerste gezicht lijkt het beginsel wellicht vooral samen te hangen met de bekende 'nemo plus'<sup>5</sup>- en de daaruit afgeleide prioriteitsregel<sup>6</sup>, beide inhoudende dat niemand meer rechten kan overdragen of verlenen dan hij zelf heeft. In dit licht zou betoogd kunnen worden, dat het huurrecht als persoonlijk recht is onttrokken aan deze goederenrechtelijke regels en ook aan het hier besproken beginsel. Een verhuuring zou de verhuurder dan *niet* in goederenrechtelijke zin beschikkingsonbevoegd maken.<sup>7</sup> De laatste conclusie is juist, maar staat er niet aan in de weg, dat bestaande goederenrechtelijke rechten gerespecteerd dienen te worden. Sterker, de prioriteitsregel staat los van dit beginsel. De hier verdedigde toepasselijkheid van het beginsel op de botsing tussen een bestaand hypotheekrecht en een later huurrecht (de situatie 'huur-na-hypotheek') wil dan ook geenszins zeggen dat de prioriteitsregel nu op het huurrecht van toepassing zou zijn.<sup>8</sup>

Het beginsel en de prioriteitsregel moeten, zo blijkt uit het vorenstaande, goed onder-

<sup>5</sup> 'Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet'; zie over deze Romeinsrechtelijke regel TM, Parl. Gesch. Boek 5, p. 3 en Goederenrecht (H.J. Snijders) (1996), nr. 66, 362 en, uitgebreider, H.R. Hoetink, in: Rechtskundige Opstellen (1935), p. 474-491; Lokin (1989), p. 132-134.

<sup>6</sup> Vgl. TM Parl. Gesch. Boek 5, p. 3 onder 4 en Goederenrecht (H.J. Snijders) (1996), t.a.p..

<sup>7</sup> Zie in deze zin het betoog van M.M. Asbreuk-Van Os WPNR 6395 (2000), p. 217-218.

<sup>8</sup> Zoals Asbreuk-van Os, a.w., p. 218 en de wetgever, TK 26 089, nr. 6, p. 29-32 beweren in mijn artikel in WPNR 6395 (2000), p. 214-217 te lezen, zulks ten onrechte. Zie hiervoor, hoofdstuk 7, noot 31.

scheiden worden, omdat zoals gezegd het beginsel een uitdrukking is van de algemene indeling van het vermogensrecht in goederen- en verbintenissenrecht. De stelling dat het huurrecht onttrokken is aan de bescherming van bestaande goederenrechtelijke rechten, omdat het een persoonlijk recht is, is in flagrante strijd met die indeling. Het bizarre resultaat zou immers zijn, dat *ieder* bestaand goederenrechtelijk recht door *ieder* nadien totstandgekomen persoonlijk recht zou kunnen worden aangetast (een resultaat dat in het thans voorgestelde nieuwe huurrecht (wetsvoorstel 26 089) wordt bereikt, zie hoofdstuk 7). Dit is een uitkomst die door die indeling nu juist wordt uitgesloten tenzij daarop een uitzondering wordt gemaakt. En, belangrijker: art. 7A:1612 BW is niet een dergelijke uitzondering. Het artikel staat krachtens zijn oorspronkelijke bedoeling géén inbreuk toe op een bestaand goederenrechtelijk (hypotheek)recht, maar beschermt 'slechts' een bestaand en *persoonlijk* huurrecht tegen een latere eigendomsoverdracht door de eigenaar/verhuurder (of, ex art. 3:8 jo. art. 3:98 BW, tegen een latere vestiging van een beperkt recht dan wel een overdracht van dat later gevestigde recht; zie hierna, par. 10.3.2 sub e en f). Voor een verdergaande uitleg bestaat geen enkele aanleiding, noch in het huidige BW, noch in het oude of het Ontwerp BW (zie de hoofdstukken 7-9).

Uit het beginsel vloeit aldus voort, dat wanneer een hypotheekrecht gevestigd werd op een niet-verhuurde zaak, het niet aangetast behoort te kunnen worden door een latere verhuuring van die zaak. De hypotheekhouder kan de zaak in veiling brengen in dezelfde, onverhuurde staat waarin deze zich bevond ten tijde van de hypotheekvestiging; een eventueel nadien verleend huurrecht kan niet aan de hypotheekhouder worden tegengeworpen. Werd het hypotheekrecht gevestigd op een verhuurde zaak, dan is zowel dat huurrecht als een latere verhuuring op gelijke voorwaarden wél tegen te werpen aan de hypotheekhouder. Dit laatste vloeit rechtstreeks voort uit het beginsel, op grond waarvan de hypotheekhouder kan veilen hetgeen hem werd verbonden. Een afzonderlijke bepaling (zoals thans art. 3:264 lid 4 BW) is daartoe niet nodig (zie hierna, paragraaf 10.3.2, sub a).

Dat het beginsel ten grondslag ligt aan het huidige rechtssysteem en aldus het fundament van een beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW kan vormen, mag blijken uit een korte verkenning van de wet en de wetgevingsgeschiedenis, de rechtspraak<sup>9</sup>, de literatuur, het oud-Nederlandse recht en uit de bescherming van de huurder in het oud-Nederlandse recht (a-e). Het uit het beginsel voortvloeiende gevolg, dat verhuuring van een verhypothekerde zaak het bestaande hypotheekrecht niet kan aantasten, wordt voorts ook in het 'oud-Nederlandse' recht aangetroffen.

#### *a. Wet en wetgevingsgeschiedenis*

In het huidige Burgerlijk Wetboek vindt de gedachte, dat bestaande rechten geëerbiedigd moeten worden, uitdrukking in onder andere<sup>10</sup> de artikelen 3:81 lid 3 tweede zin, 3:217 lid 3, 5:94 lid 2, 3:264 lid 7, 3:273 lid 1 en 3:282 BW. In de genoemde artikelen laten de formuleringen dienontrent weinig ruimte voor twijfel (de cursiveringen zijn van mij, RW):

-art. 3:81 lid 3 tweede zin:

---

<sup>9</sup>Eerder, in 1997, onderzocht ik het genoemde beginsel in het kader van een vergelijking tussen beslag en hypotheek; zie TCR 1997/2, p. 30-37.

<sup>10</sup>Er zullen, bij doorzoeken, ongetwijfeld meer plaatsen zijn in wet en wetgevingsgeschiedenis waar de gedachte tot uiting komt.

#### EIGEN OPVATTING: EEN BEPERKTE UITLEG VAN ART. 7A:1612 BW

‘Vermenging werkt evenmin ten voordele van hen die op het bezwaarde goed een beperkt recht hebben *en het tenietgaande recht moesten eerbiedigen*;

-art. 3:217 lid 3 en art. 5:94 lid 2 spreken beide van de verplichting van de bloot-eigenaar om

‘een bevoegdelijk aangegane verhuur of verpachting gestand te doen.’

Kleijn merkt over de regeling op:

‘Concluderend kan men zeggen dat verhuur door een zakelijk gerechtigde de bloot-eigenaar niet bindt, als in de (overgeschreven) titel de verhuurbevoegdheid aan de zakelijk gerechtigde is ontzegd; dit verbod werkt dan via de registers, naar analogie van art. 1230 BW door tegen de derden, dus ook tegen huurders (..)‘<sup>11</sup>;

-art. 3:264 lid 7 (aan de huurder komt een vergoedingsrecht toe) (en, in gelijke zin, art. 3:282, handelend over vergoedingsrechten van beperkt genotsgerechtigden):

‘(.) met voorrang onmiddellijk na hen *tegen wie hij zijn recht niet kon invoeren*, (..)‘<sup>12</sup>;

-art. 3:273 lid 1 (zuivering bij executoriale verkoop):

‘(.) gaan alle (..) hypotheek teniet en vervallen de ingeschreven beslagen, alsook de beperkte rechten *die niet tegen de verkoper ingeroepen kunnen worden*.’

Van de eerbiediging van bestaande rechten die in deze fragmenten tot uiting komt, is het een kleine stap naar de gedachte, dat een hypotheekhouder het verbonden goed in die juridische staat in veiling kan brengen, waarin hij het in zekerheid verkreeg bij de hypotheekvestiging. Des te verwonderlijker is het daarom, dat de gedachte niet wordt toegepast op art. 7A:1612 BW in de situatie ‘huur-na-hypotheek’.

De bescherming van bestaande rechten wordt impliciet ook toegepast bij de vestiging van een pand- of hypotheekrecht *voor* een toekomstige vordering (art. 3:231 BW). Een dergelijk zekerheidsrecht, dat wordt gevestigd tot zekerheid voor de (toekomstige) nakoming van de verplichtingen uit een nog niet verleend krediet, wordt geacht rang te nemen - als bestaand recht - naar het moment van vestiging en niet eerst op het tijdstip dat de vordering ontstaat omdat het krediet wordt verleend. Een beslag, dat op het aldus verpande of verhypothekerde object wordt gelegd vóór het ontstaan van de vordering, kan *niet* tegen de pand- of hypotheekhouder worden ingeroepen.<sup>13</sup>

In de nieuwe regeling voor de huurkoop van onroerende zaken wordt de gedachte eveneens uitgesproken:

---

<sup>11</sup>W.M. Kleijn, in: *Gratia Commercii* (1981), p. 112.

<sup>12</sup>Zie over de ‘grote verwarring’ die omtrent art. 3:264 lid 7 BW mogelijk is, hoofdstuk 6, par. 6.4.

<sup>13</sup>Zie, met literatuurvermelding, Asser-Mijnssen *Zakenrecht III* (1994), nrs. 22 en 31 en Asser-Van Velten *Zakenrecht III* (1994), nr. 204. Voor het oude recht werd één en ander uitgemaakt door de Hoge Raad in zijn arrest HR 25 februari 1955, NJ 1955, 711 (M.B./Rotterdamsche Bank).

De huurkoper heeft uit de openbare registers kunnen aflezen dat er een hypotheek gevestigd was of beslag gelegd was en dus welbewust het risico van executie en ontruiming genomen.<sup>14</sup>

Dat de gedachte, in de vorenstaande artikelen uitgesproken voor de verhouding tussen goederenrechtelijke rechten, ook leeft buiten het goederenrecht<sup>15</sup>, blijkt bijvoorbeeld uit de gedachtenwisseling over de kwalitatieve verplichting ex art. 6:252 BW.<sup>16</sup> De kwalitatieve verplichting wordt door de wetgever met zoveel woorden aangemerkt als *niet*-zijnde een beperkt recht.<sup>17</sup> De wetgever stelt met betrekking tot deze regeling uitdrukkelijk, dat geen beroep gedaan kan worden op een kwalitatieve verplichting jegens een hypotheekhouder die reeds op het moment van inschrijving van die verplichting een (ingeschreven) recht van hypotheek heeft op het betreffende goed (vgl. art. 6:252 lid 3 BW). Executie door de hypotheekhouder leidt dan óók tot verkrijging in deze zin door de koper, dat wil zeggen: hij verwerft een goed dat vrij is van de kwalitatieve verplichting. Met andere woorden: hij verkrijgt van een hypotheekhouder die het goed veilt in de toestand, waarin het zich bevond ten tijde van de hypotheekvestiging.

Dit resultaat is opmerkelijk indien bedacht wordt, dat de kwalitatieve verplichting als niet-beperkt recht in wezen gelijk staat met een persoonlijk (huur)recht. Op grond van de indeling in goederen- en verbintenissenrecht zou een aan het huurrecht gelijke behandeling voor de hand liggen. Een latere kwalitatieve verplichting zou dan (evenals bij een later huurrecht het geval is) een reeds bestaand hypotheekrecht in zoverre moeten frustreren, dat de hypotheekhouder zijn onderpand slechts met instandhouding van de kwalitatieve verplichting zou kunnen verkopen. De wetgever onderkent dit probleem en constateert ook de parallel met de situatie 'huur-na-hypotheek'<sup>18</sup>, maar kiest bij de kwalitatieve verplichting toch voor een benadering vanuit de gedachte, dat bestaande rechten geëerbiedigd dienen te worden.

De reden voor deze van het huurrecht verschillende benadering is niet duidelijk. De wetgever richt zich in zijn betoog vooral op het eventuele aanmerken van de kwalitatieve verplichting als een beperkt recht. Dit wordt afgewezen, omdat de schuldenaar-hypotheekgever het anders in zijn hand zou hebben het onderpand van de hypotheekhouder aanzienlijk in waarde te doen dalen (evenals in het huidige recht bij een later huurrecht het geval is). Weliswaar oppert de wetgever nu de mogelijkheid het huurbeding van art. 3:264 BW van toepassing te verklaren op de kwalitatieve verplichting, maar hij gaat daarop niet nader in. In het algemeen wordt omtrent de kwalitatieve verplichtingen opgemerkt,

(.), dat deze verplichtingen, ook al hebben zij kwalitatieve werking, niet in deze zin (als beperkt recht, RW) zakelijke werking dienen te hebben, dat zij in feite de schuldeiser voorrang geven boven

<sup>14</sup>TK 24 212, nr. 3 (MvT), p. 7.

<sup>15</sup>En aldus de eventuele stelling ondervangt, dat het in de vermelde artikelen uitsluitend de rangorde betreft tussen beperkt(e) zakelijke rechten en dat het huurrecht daarmee niet op één lijn gesteld mag worden. Die stelling echter heeft, zoals hiervoor, in hoofdstuk 9 is aangegeven, kennelijk en/of impliciet ten doel de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek' in stand te houden en leidt aldus tot redeneringen als bijvoorbeeld 'verhuur is beheer', met onontwarbare kluwens van vragen en problemen tot gevolg (zie over 'verhuur is beheer' hoofdstuk 9, par. 9.13).

<sup>16</sup>VV II ad art. 6.5.3.4, Parl. Gesch. Boek 6, p. 939-940, 946.

<sup>17</sup>A.w., p. 939, verwijzend naar een voorstel van S.N. van Opstall.

<sup>18</sup>A.w., p. 940.

concurrente schuldeisers.<sup>19</sup>

Gedoeld wordt onder meer op de consequentie van het aanmerken van een kwalitatieve verplichting als een beperkt recht, namelijk op het vergoedingsrecht dat de 'beperkt gerechtigde' bij executie zou toekomen ex art. 3.10.1.3d (het huidige art. 3:282 BW). Het is vooral van die 'zakelijke' werking, dat de wetgever niet wil weten in de situatie 'kwalitatieve verplichting-na-hypothek'.

Maar, zo kan dan worden opgemerkt, waarom komt in de situatie 'huur-na-hypothek' aan een later huurrecht wél eerst een méér dan zakelijke werking toe (het latere huurrecht gaat vóór het oudere hypotheekrecht) en krijgt de huurder op grond van art. 3:264 lid 7 BW wél een 'zakelijk' werkend vergoedingsrecht? Wordt het verschil met de kwalitatieve verplichting slechts door de billijkheid jegens de huurder van woonruimte gerechtvaardigd? Daarvan blijkt niet uit de parlementaire discussie. (Dit is ook niet verwonderlijk, omdat de billijkheid niet tot een dergelijk verschil hoeft te leiden. De billijkheid is namelijk al geen basis voor de ruime werking van art. 7A:1612 BW en de correctie via art. 3:264 BW (hierna zal dit nader worden uiteengezet)).

Gesteld kan worden dat er geen goede grond is voor het onderscheid in werking tussen een latere kwalitatieve verplichting en een later huurrecht. Het juiste uitgangspunt dat bestaande rechten geëerbiedigd dienen te worden, bij de kwalitatieve verplichting door de wetgever ingenomen, kan en behoort ook van toepassing te zijn in de situatie 'huur-na-hypothek'. De rechtspositie van de latere huurder kan daarbij volledig gewaarborgd blijven of zelfs verbeteren, namelijk wanneer de grote rechtsonzekerheid met betrekking tot de huidige regeling rond het huurbeding zou verdwijnen.

In het oude BW vond het beginsel, dat aan bestaande rechten geen afbreuk gedaan kan worden door latere rechten, bijvoorbeeld uitdrukking in art. 1250, dat luidde:

'De erfdienstbaarheden en andere zakelijke regten, zoo wel ten laste als ten bate van het uitgewonnen goed, die door den overgang aan den derden bezitter waren te niet gegaan, herleven, nadat hetzelfde aan een ander is toegewezen.'

Meijers<sup>20</sup> stelt, dat in dit artikel

'(...) eveneens de gedachte is weer te vinden, dat de hypotheekhouder bij executie het verbonden goed kan leveren in den rechtstoestand, waarin het zich op het oogenblik van het verleenen van de hypotheek bevond.'

Duidelijker nog dan in art. 1250 (Oud) BW werd de gedachte uitgesproken in art. 535 (Oud) Rv, dat luidde:

'De overschrijving van het vonnis van toewijzing geeft aan den koper geene andere regten op den eigendom, dan die welke degene tegen wien het beslag gedaan is, heeft gehad.'<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup>A.w., p. 939; zie ook p. 946.

<sup>20</sup>E.M. Meijers, WPNR 2840 (1924), p. 287. Zie over dit fragment ook hierna, par. 10.2.2 sub c.

<sup>21</sup>Zie over (deze rol van) art. 535 (Oud) Rv uitgebreid S. van Brakel, WPNR 3171 (1930) en J. Eggen, VPO I, p. 450-462. Zie voor een vergelijking tussen beslag en hypotheek in deze ook mijn eerder genoemde artikel in TCR



Dit artikel is per 1 januari 1992 vervallen, maar de wetgever maakt duidelijk, dat de inhoud ervan gewaarborgd is voor de toekomst van het burgerlijk recht:

‘Art. 535 is vervallen nu het daar bepaalde reeds voortvloeit uit het in artikel 3.4.2.2. lid 1 Nieuw B.W. neergelegde stelsel van overdracht en uit artikel 7.1.2.8 Nieuw BW.’<sup>22</sup>

De bescherming tegen later totstandgekomen rechten wordt voorts bijvoorbeeld aangetroffen in de artikelen 458 lid 2 en 517 lid 2 Rv: in beide is bepaald dat bij een executie een niet-executerende schuldeiser kan verlangen dat het goed verkocht zal worden vrij van die rechten die niet tegen deze schuldeiser konden worden ingeroepen.

Samengevat: zowel onder het huidige als het oude recht is het beginsel, dat aan bestaande rechten geen afbreuk gedaan kan worden door latere rechten, aanwijsbaar aanwezig in de wet en in het wettelijk systeem. Het is daarom verbazingwekkend te noemen, dat het beginsel geen toepassing vond en vindt in de situatie ‘huur-na-hypotheek’. Eerbiediging van bestaande goederenrechtelijke rechten brengt mee, dat een hypotheekhouder het verbonden goed kan leveren in de rechtstoestand waarin het zich bij de hypotheekvestiging bevond. Art. 7A:1612 BW kan dan *niet* van toepassing zijn op een *na* de hypotheekvestiging totstandgekomen huurrecht. Krachtens de beperkte uitleg van het artikel is een later huurrecht niet tegen te werpen aan de hypotheekhouder; een huurbeding heeft de hypotheekhouder niet nodig.

#### *b. Rechtspraak*

Ook door de Hoge Raad wordt het goederenrechtelijke beginsel, dat aan bestaande rechten op een zaak geen afbreuk gedaan kan worden door de vestiging van nieuwe, stelselmatig aangehangen. Enkele voorbeelden<sup>23</sup>:

- in 1955 past de Hoge Raad het beginsel impliciet toe op de vestiging van een pand- of hypotheekrecht *voor* een toekomstige vordering (art. 3:231 BW) (vgl. hierboven, sub a<sup>24</sup>);
- diverse malen spreekt de Hoge Raad het beginsel uit bij de toepassing van art. 505 lid 2 Rv (505 lid 4 (Oud) Rv), het artikel dat bepaalt dat een vervreemding of bezwaring na beslaglegging niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen. Uitgegaan wordt van het goed in de juridische staat op het moment dat het wordt beslagen respectievelijk verhy-pothekeerd. Zo bijvoorbeeld in een arrest van 1985, voor de situatie beslag-hypotheek-beslag<sup>25</sup>:

---

1997/2, p. 30-37, alsmede H. Stein, (1998), p. 17; Dozy/Jacobs (1999), p. 140-141.

<sup>22</sup>Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 225. Het genoemde art. 3.4.2.2 Nieuw BW is thans art. 3:89 BW; art. 7.1.2.8 Nieuw BW is het huidige art. 7:19 BW.

<sup>23</sup>Volstaan wordt met een illustratie door middel van twee Hoge Raad-arresten. Ook hier geldt echter, dat deze zonder twijfel aan te vullen zijn met andere uitspraken van Hoge Raad, Hoven en Rechtbanken.

<sup>24</sup>HR 25 februari 1955, 711 (M.B./Rotterdamsche Bank).

<sup>25</sup>HR 25 oktober 1985, NJ 1987, 18 m.nt. WHH (Ontvanger/AMRO). Zie voor andere voorbeelden HR 30 januari 1981, NJ 1982, 56 m.n. WMK (Z./Tan) en HR 13 mei 1988, NJ 1988, 748 m.n. G. (Banque de Suez Nederland NV/Mr. Bijkerk q.q.), en de jurisprudentie besproken in hoofdstuk 3, par. 3.4.8 sub b: HR 24 januari 1964, NJ 1964, 450 m.n. JHB (Viruly/Kindt); HR 19 oktober 1990, NJ 1992, 227 m.n. WMK (Staat der Nederlanden/Troost) en (nog voor het oude recht oordelend) HR 7 april 2000, RvdW 2000, 99 (WUH en De Vestingwachter BV/Staat der Nederlanden). De arresten betreffen alle de situatie veiling-beslag-juridische levering. Steeds

De ontvangers (de tweede beslaglegger, RW) hebben beslag gelegd op het toen met de hypotheek van de Bank bezwaarde goed en hadden derhalve slechts verhaal op het goed in bezwaarde toestand. AGO daarentegen (de eerste beslaglegger, RW) kon op het goed verhaal nemen zonder dat de hypotheek tegen haar kon worden ingeroepen.<sup>26</sup>

De conclusie uit het arrest is, dat het hypotheekrecht niet tegen het eerdere, maar wel tegen het latere beslag kan worden ingeroepen.

Merkwaardigerwijze, gezien het bovenstaande, past de Hoge Raad het beginsel van de eerbiediging van bestaande goederenrechtelijke rechten niet toe op de situatie 'huur-na-hypotheek' en gaat aldus tegelijkertijd uit van de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW (zie bijvoorbeeld hoofdstuk 3). Het beginsel, en daarmee het systeem van het goederen- en verbintenissenrecht wordt op deze wijze gefrustreerd zonder dat daarvoor een rechtvaardiging is aan te voeren.

### c. Literatuur

De gelding van het goederenrechtelijke beginsel, dat aan bestaande rechten op een zaak geen afbreuk kan worden gedaan door de vestiging van nieuwe, wordt in oudere en tegenwoordige literatuur regelmatig uitgesproken. Wanneer dit geschiedt in enig verband met het (latere) huurrecht, is echter (helaas) niet altijd duidelijk hoe het uitgesproken beginsel moet worden toegepast op de situatie 'huur-na-hypotheek'.<sup>27</sup> Zie bijvoorbeeld:

-Meijers in het hierboven reeds weergegeven citaat betreffende art. 1250 (Oud) BW<sup>28</sup>, stellende dat in dit artikel

'(...) eveneens de gedachte is weer te vinden, dat de hypotheekhouder bij executie het verbonden goed kan leveren in den rechtstoestand, waarin het zich op het oogenblik van het verleenen van de hypotheek bevond.'

Zoals hiervoor echter al werd betoogd<sup>29</sup>, is het volstrekt onduidelijk of Meijers deze gedachte wil toepassen op de situatie 'huur-na-hypotheek'. Hij stelt namelijk in één adem met het geciteerde, dat

'(...) tengevolge van art. 1612 B.W. een huurcontract voor den hypotheekhouder geheel gelijk (werkt, RW) als de vestiging van een zakelijk recht.'

en:

'Evenmin als een na de hypotheek gevestigd zakelijk recht, den kooper na executie kan deren, evenmin

---

word er geveild ex art. 1223 lid 2 (Oud) BW, door de (eerste) hypotheekhouder, krachtens diens aan het beslag *anterieure* recht.

<sup>26</sup>NJ 1987, 18, r.o. 3.4.

<sup>27</sup>Het duidelijkst of het meest consequent is J.B.M. Roes in zijn publicaties in WPNR 5173 (1972), p. 221-222 en WPNR 5987 (1991), p. 5. Zie ook hiervoor, noot 1 en 2.

<sup>28</sup>E.M. Meijers, WPNR 2840 (1924), p. 287; zie ook hiervoor, par. 10.2.2 sub a.

<sup>29</sup>Hoofdstuk 9, par. 9.17.

kan dit een recht van huur, dat in strijd met art. 1230 B. W. verleend is.

Met andere woorden: er zijn bij Meijers drie mogelijkheden op grond waarvan een later huurrecht de eerdere hypotheekhouder niet kan deren:

- redenerend vanuit het beginsel, dat de hypotheekhouder het verbonden goed kan leveren in de rechtstoestand waarin het zich bevond ten tijde van de hypotheekvestiging (art. 7A:1612 BW heeft dan geen functie; art. 3:264 BW is overbodig);
- redenerend vanuit art. 7A:1612 BW, dat tot gevolg heeft dat het huurrecht qua werking geheel gelijk is aan een zakelijk recht (alleen het huurbeding is dan overbodig);
- redenerend vanuit het huurbeding van art. 1230 BW, in strijd waarmee het huurrecht verleend is (het huurbeding is onontbeerlijk voor de hypotheekhouder);

-Van Lier:

‘(..) draagt (de hypotheekhouder, RW) toch datgene over, wat hem *bij het vestigen* der hypotheek tot zekerheid was gegeven; (..)'<sup>30</sup>;

Of Van Lier uit deze stellingname afleidt, dat een later huurrecht niet aan een eerder hypotheekrecht kan worden tegengeworpen (en de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW (art. 1230 (Oud) BW) overbodig zijn) is echter niet duidelijk. Zoals hiervoor in hoofdstuk 9 werd aangegeven, hanteert (ook) Van Lier tegelijkertijd andere uitgangspunten die haaks staan op deze stellingname (bijvoorbeeld: de eigenaar is als gevolg van het huurbeding van art. 1230 BW in zijn verhuurbevoegdheid beperkt)<sup>31</sup>;

-Veugen<sup>32</sup>:

‘Maar wat geldt eigenlijk voor huur- en pachtovereenkomsten die ná vestiging van het zakelijk zekerheidsrecht hypotheek tot stand komen? Deze kunnen worden genegeerd. Immers zakelijk recht gaat voor persoonlijk recht en het droit de préférence (..) maakt dat later gevestigde rechten niet ten nadele van eerder gevestigde kunnen worden uitgeoefend.’

De strekking van het hier weergegevene laat weinig ruimte voor toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie ‘huur-na-hypotheek’. Voor een huurbeding ziet Veugen echter toch nog een functie, namelijk wanneer dit beding de eigenaar de mogelijkheid biedt om met toestemming van de hypotheekhouder een onaantastbare huurovereenkomst aan te gaan. Auteur betoogt:

‘Dit (zie het voorgaande citaat, RW) nu wil zeggen dat op het moment van executie de hypotheekhouder vrij van huur kan verkopen. Zo ook 1230. Anders zou de eigenaar niet meer normaal kunnen exploiteren. Op grond van zakenrechtelijke principes kan de hypotheekhouder dus ook ageren. De kwestie van die zijde bekeken maakt 1230 in feite overbodig.

Het huurbeding kan derhalve gezien worden als een voorwaarde, gemaakt in het voordeel van de

<sup>30</sup>Van Lier (1924), p. 251.

<sup>31</sup>Zie hiervoor, hoofdstuk 9, par. 9.15.

<sup>32</sup>P.H.H.G. Veugen, WPNR 5181 (1972), p. 317-318.

#### EIGEN OPVATTING: EEN BEPERKTE UITLEG VAN ART. 7A:1612 BW

eigenaar, die een onaantastbaar huurcontract kan aangaan, indien hij die overeenkomst onder goedkeuring van de hypotheekhouder kan sluiten.<sup>33</sup>;

Dat de bestaansreden van het huurbeding gezocht moet worden in het openen van de mogelijkheid voor een hypotheekhouder om toestemming tot verhuur te verlenen aan de hypotheekgever, is gezien de historie van dat huurbeding - in het leven geroepen als correctie op de te ruime werking van art. 7A:1612 BW - , onwaarschijnlijk;

-Santen<sup>34</sup>, ingaande op de stelling van Roes, dat een hypotheekhouder in beginsel een na de hypotheek totstandgekomen huurrecht moet kunnen negeren. Santen onderschrijft die stelling als het best passende in het zakenrechtelijk systeem, maar voegt daar vervolgens aan toe:

‘(..), thans moet verhuring gelden als een volkomen beschikkingsdaad omdat mede in verband met de kwaliteit van de huurder (..) en de hoogte van de huurprijs de functie en de waarde van het bewuste onroerende goed voor - in beginsel - lange tijd is vastgelegd.

Zeker nu de huurder en de pachter in de toekomst nog sterker beschermd zullen worden dan thans reeds het geval is, krijgen huur en pacht steeds meer een zakelijk aspect, ver uitgaande boven de werking van 1612 B.W.’

In de opvatting van Santen is niet duidelijk of de huur moet gelden als volkomen beschikkingsdaad *als gevolg* van art. 7A:1612 BW - in dat geval is de te ruime uitleg van het artikel nog steeds onontbeerlijk - of dat art. 7A:1612 BW gezien dat karakter van verhuring niet (langer) op de situatie ‘huur-na-hypotheek’ van toepassing is;

-A-G Ten Kate<sup>35</sup>, die enkele malen zeer expliciet uitspreekt dat de hypotheekhouder zich mag

‘houden aan het onderpand in de rechtssituatie waarin het zich bevond, toen hij tot het verlenen van het krediet besloot en hypotheek verkreeg.’

Tegelijkertijd en volstrekt strijdig met deze uitspraak betoogt A-G Ten Kate echter, dat een latere verhuring ‘zonder nadere regeling’ ook jegens de hypotheekhouder geldig is. Hij lijkt dit laatste te onderbouwen met het betoog,

‘dat de hypotheekgever ook jegens de hypotheekhouder bevoegd is gebleven het verhypothekerde te verhuren of verpachten. (..) Object van huur - anders dan van een beperkt zakelijk recht - is niet recht van de verhuurder op de zaken, doch zijn de zaken zelf.’

Dit betoog is op twee manieren uit te leggen. Eén: verhuur betreft slechts de onroerende zaken en niet de ‘rechtssituatie’ jegens de hypotheekhouder. Twee: verhuur is een beheershandeling en geen beschikkingshandeling. Geen van beide mogelijkheden kan echter dienen als

---

<sup>33</sup> A.w., p. 318.

<sup>34</sup> A.H.M. Santen, in: *Recht zo die gaat* (1976), p. 113.

<sup>35</sup> A-G Ten Kate, conclusie voor HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 m.n. WMK, AA XXV (1976) m.n. G, p. 536-542, met uitgebreide literatuurverwijzingen.

onderbouwing van een onttrokken zijn van een latere verhuring aan het uitgangspunt dat de hypotheekhouder het goed mag veilen in de rechtstoestand waarin hij het in zekerheid verkreeg. Ten aanzien van de opvatting 'verhuur is beheer' is dat reeds uiteengezet.<sup>36</sup> De andere bewering, dat verhuur uitsluitend een feitelijke situatie zou betreffen, is op zichzelf reeds onhoudbaar. Men kan toch moeilijk volhouden dat een verhuring noch de rechtspositie van de eigenaar/verhuurder, noch de rechtstoestand ten aanzien van de onroerende zaak beïnvloedt. Kwajikter is, dat beide mogelijkheden lijken te suggereren dat een verhuring met recht is onttrokken aan de regel van bescherming van bestaande goederenrechtelijke rechten. Die bescherming is, zoals hierboven al werd uiteengezet<sup>37</sup>, het gevolg van een *vermogensrechtelijke* indeling in goederen- en verbintenissenrecht en niet slechts een goederenrechtelijke regel. In de door A-G Ten Kate verwoorde benadering echter wordt het huurrecht onttrokken aan het gehele vermogensrecht en gaat huur boven elk recht, ouder of jonger, goederenrechtelijk of verbintenissenrechtelijk. Het wordt zelfs onttrokken aan zichzelf.<sup>38</sup> De genoemde suggestie komt bovendien neer op een drogreden, want noch uit 'verhuur is beheer', noch uit 'verhuur betreft slechts de feitelijke toestand' vloeit 'causaal' voort dat een bestaand goederenrechtelijk recht wordt doorkruist. Deze grootheden, 'verhuur is beheer' en 'verhuur betreft slechts de feitelijke toestand' staan geheel los van de eerbiediging van bestaande goederenrechtelijke rechten. Verhuur kan heel goed als beheer worden beschouwd en ook (mede) de feitelijke toestand van de verhuurde zaken betreffen, zónder bestaande rechten aan te tasten.

-Van Oven:

'Immers, tegen verhuren bestaat op zichzelf geen bezwaar, zolang maar de hypotheekhouder daarvan geen nadeel ondervindt. Zou het dan niet de voorkeur verdienen bij wijze van hoofdregel vast te leggen, dat behoudens afwijkend beding in de hypotheekakte huurovereenkomsten, waarvoor de hypotheekhouder geen toestemming heeft verleend, - juist zoals later gevestigde zakelijke rechten - aan deze, en dus in geval van executie ook aan de koper, niet kunnen worden tegengeworpen?'<sup>39</sup>

Opgemerkt zij, dat dit voorstel tot het 'bij wijze van hoofdregel vastleggen dat ..(enz.)', merkwaardig overkomt indien het afgezet wordt tegen Van Oven's opmerking, vier bladzijden eerder, omtrent

'(..) het algemene beginsel van zakenrecht, dat aan bestaande rechten op een zaak geen afbreuk kan

<sup>36</sup>Hoofdstuk 9, par. 9.13. Zie ook het in hoofdstuk 7 besproken standpunt van de wetgever van het Ontwerp BW (art. 7:226 en 7:227), die verwijst naar het betoog van A-G Ten Kate.

<sup>37</sup>Par. 10.2.2 aanhef.

<sup>38</sup>Hoe bijvoorbeeld te oordelen, indien de eigenaar de zaak tweemaal verhuurt? Moet de tweede huurder de eerdere huurovereenkomst dan respecteren? De wetgever van art. 7:226 BW, TK 26 089, nr. 6, p. 33 sub f meent van wel (terecht), maar stelt tegelijkertijd één bladzijde eerder dat de mening van A-G Ten Kate de juiste is. Als verhuur echter een 'bloot' feitelijke aangelegenheid is, kunnen beide huurders elkaar negeren (!). Zie ook hiervoor, hoofdstuk 7.

<sup>39</sup>Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 186. Dezelfde passage is ook te vinden in Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 264.

## EIGEN OPVATTING: EEN BEPERKTE UITLEG VAN ART. 7A:1612 BW

worden gedaan door de vestiging van nieuwe, (...).<sup>40</sup>

Immers: waarom iets 'bij wijze van hoofdregel vastleggen', indien het als algemeen beginsel reeds geldt?<sup>41</sup>

-en Van Velten:

'(...), behoudens de onaantastbaarheid van het eenmaal gevestigde recht van de hypotheekhouder (...)'<sup>42</sup>;

'Oefent de hypotheekhouder zijn recht van verhaal uit, dan is dat op het object, zoals het was bij vestiging der hypotheek (art. 3:271 en 3:282)'.<sup>43</sup>

Of Van Velten het uitgangspunt wil doorvoeren zodanig, dat én art. 7A:1612 BW (voor de situatie 'huur-na-hypotheek') én art. 3:264 BW overbodig zijn, is niet duidelijk. Dit wordt vooral veroorzaakt door de uit eerdere bewerkingen overgenomen passages zoals de beide hierboven (bij 'Van Oven') weergegevene, die op zich al een innerlijke tegenstrijdigheid inhouden (zie aldaar). Daar komt nog de volgende, niet minder tegenstrijdige bij (eveneens afkomstig uit eerdere bewerkingen):

'Voor zover het betreft bevoegdheden welke voortvloeien uit een door de eigenaar gesloten huurovereenkomst, bestaat er aanleiding tot de vraag, of niet, wanneer de hypotheekhouder van zijn verhaalsrecht gebruik maakt, de regel 'koop breekt geen huur' (art. 7A:1612 = 7.4.4.1 Ontw. BW) toepassing moet vinden. In beginsel zijn wij geneigd, deze vraag ontkennend te beantwoorden: (...)'<sup>44</sup>.

Uit deze mededeling vloeit voort: art. 7A:1612 BW is in beginsel *niet* van toepassing op de executie door een hypotheekhouder. Het betoog wordt echter onmiddellijk vervolgd met:

'(...): voor zover het recht van de huurder *uit hoofde van genoemde regel* een zakelijk (goederenrechtelijk) karakter heeft, is het ook onderworpen aan het hiervóór ter sprake gekomen beginsel, dat het voor oudere rechten op dezelfde zaak moet wijken.' (Cursivering RW).<sup>45</sup>

Hoe echter kan het recht van de huurder 'uit hoofde van genoemde regel' een zakelijk karakter hebben, indien die regel niet van toepassing is?<sup>46</sup>

De gedachte, dat bestaande - en zeker: ingeschreven - rechten geëerbiedigd moeten worden, treft men ook elders in de literatuur aan, zij het soms meer impliciet dan in de hierboven

---

<sup>40</sup> Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 182. Zie ook hiervoor, bij noot 3.

<sup>41</sup> Zie voor de overige tegenstrijdigheden en onduidelijkheden in de benadering van Van Oven hoofdstuk 9, par. 9.14.

<sup>42</sup> Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 255.

<sup>43</sup> A.w., nr. 257.

<sup>44</sup> A.w., nr. 262. De passage is ook te vinden in Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978), p. 178 en Asser-Van Oven Zakenrecht (1967), p. 165. Art. 7.4.4.1 Ontwerp BW is inmiddels gewijzigd in art. 7:226 Ontwerp BW, vgl. hoofdstuk 1, par. 1.2.4 en hoofdstuk 7.

<sup>45</sup> T.a.p.

<sup>46</sup> Zie over deze tegenstrijdigheid ook de bespreking van Van Oven's standpunt in hoofdstuk 9, par. 9.14.

weergegeven fragmenten.<sup>47</sup> Ook hier is het verwonderlijk te noemen, dat de gedachte voor het huidige en het oude recht niet of nauwelijks wordt toegepast op de situatie 'huur-na-hypotheek' en dat daarin vrijwel steeds wordt uitgegaan van de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW.

#### *d. Het 'oud-Nederlandse' recht*

Uit bronnenonderzoek naar het recht in 'De Nederlanden' van vóór 1800<sup>48</sup> is gebleken, dat bij executie van het verhuurde goed het recht van een *oudere* hypotheekhouder een enkele keer voorrang kreeg boven dat van een huurder. Een voorbeeld vormen twee bepalingen uit de 'Gelresche Landt ende Stadtrechten in 't Over-Quartier van Ruremonde' (1619), weergegeven door Holleman<sup>49</sup> en luidende (Vierde Deel, tit. VI, par. 1, art. 6):

'Al ist dat een huys verkocht oft anderssints wegh gegeven is, soo moet nochtans den huerlinck, des niet tegenstaende, sijn huer gebruycken, soo langh die duert, al waert oock saecke dat het huys oft erve by executie verkocht waere, overmits dat huere, naer deses Quartiers recht, voor coop gaet.'

en art. 7:

'Dwelck te verstaen is, als die vercoopinge niet en geschiedt by wegen van executie, uyt krachte van voorgaende verpandinge, older dan de huere, 't zij van verloop van renten, tinsen, erfpachten, oft verpande schulden, want in sulcken gevalle solde den cooper voor den huerlinck gaen, als kommende in de plaetse van den geenen die aldaer gerechtigheyt heeft gehad, de welke noch by vercoopinge, noch by verhuringe, noch eenige andere handelinghe des schuldenaers vermindert, veragert oft gekrenckt heeft konnen worden.'

Een ander voorbeeld is te vinden in een uitspraak van de Hoge Raad uit 1709.<sup>50</sup> Het feit dat het hypotheekrecht van ouder datum is dan het huurrecht speelt hier een belangrijke rol:

'[Vermelding verdient een sententie van den H.R. van 5 Oct. 1709 (v. Bynkershoek, *Observ.* I, no. 563). Iemand huurde voor den tijd van dertig jaren een stuk land, dat met hypotheek bezwaard was. Toen de hypothecaire crediteur tot executie van het onderpand wilde overgaan, verzette de huurder zich daartegen niet, maar eischte dat de huur in stand zou blijven. Het staat vast - zegt v. Bynkershoek - dat volgens Hollandsch gewoonterecht koop geen huur breekt, tenzij bij plaatselijke keuren in speciale gevallen anders bepaald is. Hier gold 't echter een huurcontract, aangegaan na de vestiging van de hypotheek en dan nog wel voor zeer langen termijn. Onder deze omstandigheden oordeelde de meerderheid in den H.R., dat 't huurcontract niet kon worden gehandhaafd. (..)'

De uitkomst in de weergegeven citaten wordt in hoge mate bepaald door de gedachte, dat be-

<sup>47</sup>Zie onder meer Suijling II (1923), (2e stuk, 1e gedeelte (1923), p. 33; Asser-Scholten Zakenrecht (1927), p. 465; S. van Brakel, WPNR 3171 (1930), p. 600; Eggens, VPO I, p. 450-462; De Vries (1981), p. 38-39; Schoordijk (1986), p. 384-385; W.A.K. Rank, in: Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht (1997), p. 472 (bescherming tegen verhuur na inschrijving privative last).

<sup>48</sup>Zie over de omvang van 'De Nederlanden' hoofdstuk 8, par. 8.6.3.

<sup>49</sup>F.A. Holleman, WPNR 3694 (1940), p. 451; vgl. ook Cerutti (1972), p. 55.

<sup>50</sup>Vgl. De Groot, Inleiding II (1939), p. 277. Vgl. tevens de bespreking van het arrest bij Cerutti (1972), p. 55 en 87-88.

staande rechten geëerbiedigd moeten worden.

In andere beschrijvingen van bronnen van oud-Nederlands recht wordt veelal gesproken van 'uitzonderingen op de regel 'koop breekt geen huur' in geval van executie door een hypotheekhouder', maar in die betogen is het (helaas) niet steeds duidelijk of de uitzondering geldt voor elk geval van executorialen verkoop, ongeacht de vraag of het hypotheekrecht eerder of later dan het huurrecht tot stand kwam, dan wel of er onderscheiden moet worden tussen de situatie 'huur-na-hypotheek' enerzijds en 'hypotheek-na-huur' anderzijds. De onduidelijkheid bestaat vooral wanneer 'de uitzondering' op 'koop breekt geen huur' algemeen wordt aangeduid, zoals bijvoorbeeld bij Holleman, die enerzijds de vraag opwerpt:

'Welke was nu de ratio van de herhaaldelijk aangetroffen uitzonderingsbepaling, dat in geval van executorialen verkoop het overigens geldende adagium "huur gaat voor koop" toepassing miste?<sup>51</sup>,

maar anderzijds stelt:

'Sommige bronnen onderscheiden uitdrukkelijk - wij zagen het ook in het oud-Belgisch recht - of de huur al dan niet anterieur was aan de hypotheek, die geëxecuteerd werd.<sup>52</sup>

In onderling verband gelezen wekken beide fragmenten de indruk, dat een huurder in veel gevallen ten achter stond bij elke hypotheekhouder, ook wanneer diens hypotheekrecht ná het huurrecht tot stand was gekomen. Deze indruk wordt bevestigd door Cerutti, die een stellige tweedeling maakt tussen de uitzondering, die (in het algemeen?)

'(..) betrekking (heeft) op gedwongen verkopen wegens insolventie van de eigenaar-verhuurder.',

en de gevallen waarin

'verschil (wordt) gemaakt of de huur al dan niet vóór het ontstaan van de schuld is gevestigd.<sup>53</sup>

Andere beschrijvingen van het oud-Nederlandse recht lijken meer uit te gaan van een onderscheid tussen de situaties 'huur-na-hypotheek' en 'hypotheek-na-huur'. Men zie bijvoorbeeld Nelissen, wiens navolgende betoog enkel op 'huur-na-hypotheek' betrekking moet hebben, getuige de zin betreffende de waardevermindering van de (kennelijk reeds hypothecair verbonden) goederen:

'Bij executorialen verkoop konden echter de belangen der crediteuren door het koop breekt geen huur grovelijk worden benadeeld. Immers de geëxecuteerde kon zijn onroerende goederen voor langen tijd tegen geringen huurprijs hebben afgestaan, hij kan zich vooruitbetaling hebben bedongen: in 't kort vele middelen had hij, om op slinksche wijze de waarde zijner onroerende goederen te verminderen. Begrijpelijk alleszins dus, dat in geval van geregtelijken verkoop, van het koop breekt geen huur in

---

<sup>51</sup>WPNR 3694 (1940), p. 450 r.k. Vgl. ook het eerder op deze bladzijde gehouden betoog; ook hierin wordt niet onderscheiden tussen de situaties 'huur-na-hypotheek' en 'hypotheek-na-huur'.

<sup>52</sup>A.w., p. 451 l.k.

<sup>53</sup>Cerutti (1972), p. 55.



eenige Stad en Landregten werd afgeweken.<sup>54</sup>

Ook bij Bodenstein wordt het onderscheid tussen 'huur-na-hypotheek' en 'hypotheek-na-huur' aangetroffen, waar hij enerzijds spreekt van

'De positie en rechten van den huurder tegenover den ouderen verbandhouder, (..)<sup>55</sup>

en anderzijds betoogt:

'Wanneer de verhuurder echter zakelijke rechten op het goed vestigt, nadat hij het goed heeft verhuurd, (..)<sup>56</sup>.

Voorts wordt de gedachte, dat bestaande (hypotheek)rechten geëerbiedigd dienen te worden, aangetroffen bij de 'algemene beschrijvingen' van de uitzonderingen op de regel 'koop breekt geen huur'. Zo bij Cerutti, die stelt:

'Tenslotte is het al of niet laten voorgaan van de huurder boven de koper een belangenafweging op billijkheidsbasis. In het onderhavige geval (de gedwongen verkoop wegens insolventie', RW) moest, mede met het oog op de handelsbelangen, ook de positie van de schuldeiser worden afgewogen, en deze afweging heeft nu in een deel van de Nederlanden ertoe geleid, dat bij executoriale verkoop de huurder het veld moest ruimen. Aldus o.a. in een aantal Hollandse stadskeuren (w.o. Amsterdam), enkele Brabantse stadsrechten (o.a. Brussel, Mechelen, Herenthals) en de landrechten van Drente, Overijssel en de Veluwe.<sup>57</sup>

De conclusie uit het voorgaande moet zijn, dat ook in het oud-Nederlandse recht het goederenrechtelijke beginsel, dat aan bestaande rechten geen afbreuk gedaan kan worden door de vestiging van nieuwe, met enige regelmaat voorkwam. Ook in dit licht is de algemeen veronderstelde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek' in het oude en het huidige recht, te voorzien van het predikaat 'merkwaardig en onjuist'.

#### *e. Bescherming van de huurder in het 'oud-Nederlandse'<sup>58</sup> recht*

Hierboven werd reeds aangegeven dat de bescherming van de huurders van woonruimte die in het huidige art. 3:264 BW is neergelegd, in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW kan blijven zoals zij is. Ook deze gedachte is terug te voeren op het oud-Nederlandse recht. Indien namelijk na een executoriale verkoop door de hypotheekhouder de huurder het geëxecuteerde pand moest verlaten, werd aan deze vaak een termijn tot ontruiming gelaten. Bovendien kwam het voor, dat aan de huurder een schadevergoeding werd toegekend.<sup>59</sup> Men vergelijkte het

<sup>54</sup>Diss., p. 206.

<sup>55</sup>Diss., p. 130.

<sup>56</sup>A.w., p. 132.

<sup>57</sup>A.w., p. 55. In gelijke zin Nelissen, diss., p. 206; Holleman, a.w., p. 449-451, alwaar ook verdere literatuur.

<sup>58</sup>Zie voor een afbakening van dit begrip 'oud-Nederlands' hiervoor, hoofdstuk 8, par. 8.6.3.

<sup>59</sup>Zie over één en ander uitgebreid Nelissen, diss., p. 206; Bodenstein, diss., p. 129-139; Holleman, a.w., p. 449-451; Cerutti (1972), p. 55.

huidige art. 3:264 lid 6 BW (termijn van ten hoogste één jaar) en lid 7 (schadevergoeding).

### 10.2.3. Conclusie

De beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW is te karakteriseren als volgt. Met het artikel worden alleen bestaande huurrechten beschermd tegen latere (goederenrechtelijke) rechtshandelingen van de eigenaar/verhuurder. Dit zijn: eigendomsoverdracht van het verhuurde goed, of, ex art. 3:8 jo. art. 3:98 BW, vestiging van een beperkt recht op dat goed, dan wel overdracht van het latere beperkte recht. De executie door een hypotheekhouder die krachtens een aan het huurrecht *anterieur* recht het verbonden goed uitwint ('huur-na-hypotheek'), wordt in de beperkte uitleg niet bestreken. De grondslag van de beperkte uitleg is het beginsel van goederenrecht, dat bestaande goederenrechtelijke rechten gerespecteerd dienen te worden. Dit beginsel, dat wel algemeen wordt aangehangen door de wetgever en in de rechtspraak en de literatuur, maar niet consequent wordt doorgevoerd, is een uitdrukking van de algemene indeling van het vermogensrecht in goederen- en verbintenissenrecht. Bestaande goederenrechtelijke rechten kunnen op grond van deze indeling niet aangetast worden door persoonlijke rechten, van latere of van eerdere datum. Een uitzondering op dit laatste is voor huurrechten van *eerdere* datum neergelegd in art. 7A:1612 BW, zulks overeenkomstig de oorspronkelijke bedoeling met dit artikel. De wettelijke indeling in goederen- en verbintenissenrecht en het daarop gebaseerde beginsel brengen echter mee, dat wanneer een hypotheekrecht wordt gevestigd op een niet-verhuurde zaak, dit niet aangetast behoort te kunnen worden door een *latere* verhuuring van die zaak. De hypotheekhouder kan de zaak verkopen in dezelfde onverhuurde staat als waarin deze zich bevond ten tijde van de hypotheekvestiging. Een eventueel nadien verleend huurrecht kan niet aan de hypotheekhouder worden tegengeworpen. Werd het hypotheekrecht gevestigd op een verhuurde zaak, dan is zowel dat bestaande huurrecht als een later huurrecht dat op niet meer bezwarende voorwaarden dan het eerder bestaande werd verleend, wel tegen te werpen aan de hypotheekhouder. Een afzonderlijke wetsbepaling in de laatstgenoemde zin (vgl. het huidige art. 3:264 lid 4 BW, waarover hieronder, paragraaf 10.3.2 sub a) is niet nodig; het resultaat vloeit rechtstreeks uit het genoemde beginsel voort. Immers, op grond hiervan kan de hypotheekhouder het verbonden goed verkopen in de rechtstoestand waarin het zich bevond ten tijde van de hypotheekvestiging.

De huidige, te ruime opvatting omtrent art. 7A:1612 BW, waarin dit artikel vrijwel algemeen geacht wordt *wel* van toepassing te zijn op de situatie 'huur-na-hypotheek', miskent het beginsel volledig en leidt met een welhaast ijzere wetmatigheid tot de vele moeilijkheden zoals in de hoofdstukken 2 tot en met 7 besproken; verwezen mag worden naar de aldaar uitgevoerde analyses. Opvallend is daarbij, dat toepassing van het beginsel eerst nagenoeg algemeen de pas wordt afgesneden (door de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW), maar dat er vervolgens vrijwel even algemeen naar wordt gestreefd om het te herstellen. Het huurbeding is van die herstel 'drift' het resultaat. Met andere woorden: de uiteindelijke bedoeling is kennelijk toch, dat het beginsel niet wordt geschonden en onverkort wordt gehandhaafd. Schematisch weergegeven ziet deze 'werkwijze' in het huidige recht er als volgt uit: misinterpretatie en te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW; ernstig tekortschietende reparatiewetgeving (art. 3:264 BW); onontkoombare verwarring; rechtsonzekerheid.

### 10.3. Toepassing van de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW

#### 10.3.1. Algemene opmerkingen

In een systeem waarin art. 7A:1612 BW beperkt wordt uitgelegd, zodat het artikel *niet* van toepassing is op de situatie 'huur-na-hypothek', kan eenzelfde resultaat worden verkregen als thans in het huidige recht wordt beoogd, maar niet wordt bereikt met de *te* ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, gevolgd door de reparatie met het huurbeding. Het doel van beide benaderingen is identiek: enerzijds de hypotheekhouder de mogelijkheid bieden het hypothecair verbonden goed te *kunnen* veilen (indien nodig) in de rechtstoestand waarin het jegens hem werd verbonden, anderzijds voor de huurder van (woon)ruimte een redelijke waarborg scheppen dat zijn (woon-)belang niet nodeloos wordt opgeofferd. In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW wordt echter de verwringing van het systeem van goederen- en verbintenissenrecht, die het gevolg is van de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW en de 'correctie(s)' met art. 3:264 BW, vermeden. De noodzaak van het huurbedingartikel vervalt en daarmee komt er een einde aan de vele nodeloze complicaties die rond deze artikelen bestaan. De bezwaren die wel tegen 'schrappen van het huurbeding' zijn ingebracht, kunnen hieraan niet afdoen: hieraan ligt in hoofdzaak de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW ten grondslag. Zulks blijkt uit de vrijwel algemeen getrokken conclusie in die bezwaren, dat de hypotheekhouder zonder huurbeding een later huurrecht zou moeten respecteren (zie hierna, paragraaf 10.4).

De nuanceringen en verworvenheden in het belang van de huurder daarentegen, die de rechtsontwikkeling op dit punt gebracht heeft (zie vooral de leden 5-8 van art. 3:264 BW), kunnen inhoudelijk blijven bestaan in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW. Een eventuele bescherming voor de huurder dient dan opgenomen te zijn in de regels voor de executie van onroerende zaken. Alsdan verdwijnt ook het merkwaardige verschil dat in het huidige recht bestaat in vergelijking met de regeling betreffende de executie door een beslaglegger.<sup>60</sup> In het beslagrecht komt de te ruime werking van art. 7A:1612 BW namelijk niet voor: anders dan bij een gevestigd hypotheekrecht kan aan een gelegd beslag géén afbreuk gedaan worden door een latere verhuur.<sup>61</sup> In het beslagrecht wordt daarmee wél uitgegaan van het beginsel, dat aan bestaande rechten geen afbreuk gedaan kan worden door de vestiging of verlening van nieuwe. Men zie bijvoorbeeld art. 517 lid 2 Rv, bepalende dat op verlangen van een der belanghebbenden de veilcondities kunnen inhouden, dat de zaak wordt verkocht vrij van daarop rustende rechten of beperkingen die niet tegen het recht van de belanghebbende kunnen worden ingeroepen.

Opnemning van de beschermende bepalingen in de regeling voor de executie van onroerende zaken (executie door een hypotheekhouder of beslaglegger) ligt ook meer voor de hand dan de huidige regeling ervan in art. 3:264 BW. De navolgende vergelijking mag dit verduidelijken. In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW is er een botsing tussen de hypotheekhouder en de huurder. Hun belangen zijn dan tegengesteld. Op het moment van executie heeft de huurder eventueel bescherming nodig, omdat de executant de afweging moet maken of hij verkoopt 'vrij van huur' of niet. Het vorenstaande lijkt wellicht vanzelfsprekend, maar is het niet. De regeling in het huidige recht gaat namelijk vooral uit van een botsing tussen een *huurbeding*

<sup>60</sup>Zie hiervoor, hoofdstuk 7, alsmede Dozy/Jacobs (1999), p. 140-141 en R. Westrik, TCR 1997/2, p. 30-37, alwaar ook oudere literatuur.

<sup>61</sup>Zie bijvoorbeeld de artikelen 453a en 505 lid 2 Rv.

en de huurder. Dit voert tot vragen als: kán het huurbeding worden ingeroepen; door wie kan het worden ingeroepen; welke is het gevolg van de inroeping?<sup>9</sup> Ook de verlofregeling zoals thans geregeld in art. 3:264 BW, is een uitdrukking van een denken vanuit 'het huurbeding' en de inroeping daarvan. Met andere woorden: het huurbeding leidt in het huidige recht vooral het leven van een niet gewenste 'uitvinding' door de tovenaarsleerling, nadat deze bij vergissing art. 7A:1612 BW te ruim had uitgelegd. Een botsing tussen de hypotheekhouder en de latere huurder wordt in het huidige recht 'opgelost' door éérs de hypotheekhouder bij de executie 'gebonden' te achten aan de latere verhuring (hij kan het latere huurrecht niet negeren) en vervolgens de 'oplossing' te zoeken in de confrontatie tussen *het huurbeding* en de huurder. Eenvoudiger is het, zoals in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW het geval is, om de oorspronkelijke denkfout te herstellen en het moment van hypotheekvestiging te stellen tegenover het moment van verhuring.

Een illustratie van het vorenstaande - de te ruime uitleg is merkwaardig en onjuist en de wetgever (de tovenaarsleerling) heeft zelf kennelijk ook geworsteld met de gevolgen van zijn denkfout -, blijkt bijvoorbeeld uit art. 3:264 lid 4, tweede zin BW, luidende:

'Het beding dat de verhuur van woonruimte of bedrijfsruimte uitsluit, kan niet tegen de 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.' (Cursivering RW).

De redenering die aan deze bepaling ten grondslag moet liggen is innerlijk tegenstrijdig. Zij wordt namelijk ingezet vanuit het huurbeding (het huurbeding kan niet worden ingeroepen, voor zover...); dit is een gedachtegang die slechts kan bestaan indien aan art. 7A:1612 BW de te ruime werking wordt toegekend en er een huurbeding nodig is om de gevolgen daarvan ongedaan te kunnen maken. Maar vervolgens is de wetgever in deze bepaling, anders dan in de overige leden van art. 3:264 BW, kennelijk *niet* uitgegaan van de te ruime werking van art. 7A:1612 BW, maar van de beperkte uitleg (de denkfout moet bestreden worden). Het beginsel dat de hypotheekhouder kan veilen hetgeen hem in hypotheek werd gegeven, schijnt hier immers wél te gelden: een latere verhuring is slechts inroepbaar jegens de hypotheekhouder, indien het goed op het *moment van hypotheekvestiging* verhuurd was en de latere verhuring op soortgelijke voorwaarden is geschied.<sup>92</sup>

De wetgever spreekt zichzelf op deze wijze tegen. Wanneer art. 7A:1612 BW te ruim wordt uitgelegd en in beginsel wél van toepassing wordt geacht op de situatie 'huur-na-hypotheek' (aanhef art. 3:264 lid 4 BW), moet een hypotheekhouder in beginsel eerst lijdzaam toezien hoe *ieder* later huurrecht (ook het 'meer bezwarende') voorrang krijgt boven zijn reeds gevestigde hypotheekrecht en hoe het verbonden goed in waarde daalt als gevolg van de verhuur. Hij heeft een huurbeding dan hard nodig. Tegelijkertijd is het effect van art. 3:264 lid 4 tweede zin BW, dat aan de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW niet wordt toegekomen en een huurbeding overbodig is. De hypotheekhouder weet zich 'beschermd' tegen een latere en/of meer bezwa-

<sup>92</sup>Een eerdere versie van het artikellid bevatte zelfs een extra nuance: sprake was daarin van een 'kennelijk bestemd zijn om te worden verhuurd', zie het Amendement van het lid Salomons, TK 17 496, nr. 18. Deze toevoeging stuitte echter op verzet van hypotheekbanken en kwam niet in het uiteindelijke artikellid; zie het verslag van de Vaste commissie voor Justitie, 1 juni 1987, UCV 76, p. 76-8 t/m 76-9, 76-14, 76-18 t/m 76-24. De innerlijke tegenstrijdigheid van het huidige vierde lid zou echter ook met de nuance hebben bestaan.

rende verhuring, *zónder* dat hij daartoe een huurbeding nodig heeft. Immers,  f het goed is verhuurd op het moment van de hypotheekvestiging,  f het is dat niet. In het eerste geval dient de hypotheekhouder de bestaande huur en een latere verhuur op gelijke voorwaarden te respecteren, een verhuur op meer bezwarende voorwaarden niet. In het tweede geval, zo vloeit ook uit art. 3:264 lid 4 voort, kan hij een latere verhuring volstrekt negeren. In het Ontwerp voor art. 7:226 BW wordt deze tegenspraak in versterkte vorm herhaald.<sup>63</sup> De wetgever stelt hier namelijk uitdrukkelijk, dat art. 3:264 lid 4 BW geen anci nniteitsregel bevat, maar beweert vervolgens dat een hypotheekhouder een latere verhuur slechts hoeft te respecteren indien het goed *bij de hypotheekvestiging* reeds op gelijke voorwaarden was verhuurd. En wat is 'bestaande verhuur bij de hypotheekvestiging' anders dan een anci nniteitsregel?

Uit het vorenstaande blijkt duidelijk, dat de onjuiste conclusie die voor de hypotheekhouder uit art. 7A:1612 BW wordt getrokken in de situatie 'huur-na-hypotheek' - hij moet een later totstandgekomen huurrecht tegen zich laten gelden - achterwege kan worden gelaten. De denkfout kan hersteld worden door art. 7A:1612 BW beperkt uit te leggen, zoals in deze studie wordt verdedigd. Een beperkte uitleg heeft grote voordelen voor de (executerende) hypotheekhouder  n voor de huurder. Er ontstaat een regeling die voor beiden eenduidig is, ongeacht of het huurrecht v or of na het hypotheekrecht is totstandgekomen. De hypotheekhouder kan op grond van zijn hypotheekrecht veilen hetgeen hem werd verbonden; een huurbeding met alle daarmee samenhangende onduidelijkheden heeft hij niet langer nodig. Voor de huurder is er eveneens een grotere duidelijkheid dan in het bestaande recht het geval is: er wordt aangeknoopt bij de min of meer 'goederenrechtelijke status'<sup>64</sup> die het huurrecht ex art. 7A:1612 BW in het huidige recht heeft bereikt ten aanzien van *latere* eigendomsoverdracht door de verhuurder, respectievelijk *latere* hypotheekvestiging door deze. Bij een *eerder* hypotheekrecht staat hij in beginsel ten achter (tenzij het verhuurde goed reeds was verhuurd op gelijke voorwaarden ten tijde van de hypotheekvestiging aan een andere huurder). Deze achterstelling lijkt wellicht 'eng' voor de huurder (en 'politiek incorrect'), maar in het huidige recht is het niet anders. Daar immers is juist vanwege de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW in vrijwel iedere hypotheekakte standaard een huurbeding opgenomen, een beding dat bij een eventuele executie kan worden ingeroepen tegen de latere huurder. Anders gezegd: bij dit standaardgebruik van opneming van het huurbeding in de hypotheekakte bestaat er voor de latere huurder een onjuiste en valse schijn van bescherming. In het elimineren van deze schijn- of pseudobescherming ligt dan ook een voordeel voor de huurder (en voor de rechtspraak). De bedoeling van art. 3:264 BW, een correctief te zijn op een te ruime bescherming van de huurder door de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, wordt op eenvoudige wijze bereikt door het laatstgenoemde artikel beperkt uit te leggen. Voor de huurder en de hypotheekhouder verdwijnen daarmee de raadsels en de twijfels die als gevolg van de te ruime uitleg naar huidig recht bestaan en die voor hen enkel rechtsonzekerheid teweeg brengen (zie hierna, paragraaf 10.5). Het doel dat de wetgever met de huidige regeling voor ogen stond, wordt bereikt zonder dat de rechtspositie van de huurder en de hypotheekhouder verandert: 'slechts' de rechtsonzekerheid verdwijnt.

In de volgende paragraaf, 10.3.2, zal aangegeven en toegelicht worden hoe de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW kan worden neergelegd in bestaande wetsartikelen. Vervolgens wordt een uitwerking van de beperkte uitleg gegeven voor diverse rechtsposities: die van de

<sup>63</sup>TK 26 089, nr. 6, p. 34 sub h. Zie hieronder.

<sup>64</sup>Vgl. de kritische opmerkingen over deze status van A.J.H. Pleysier, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen III* (1986), onder 15-17.

hypotheekhouder (inclusief een beschrijving van de procedure van de executie, dus zónder toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW en zónder inroeping van het huurbeding) (paragraaf 10.3.3); die van de koper (paragraaf 10.3.4) en die van de huurder (paragraaf 10.3.5).

*10.3.2. Uitwerking van de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW voor bestaande wetsartikelen en het Ontwerp BW (titel 7.4)*

Een uitwerking van de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW voor het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ziet er als volgt uit. Eerst wordt een eventuele nieuwe tekst van een wetsartikel gepresenteerd; daarna volgt een toelichting. Om redenen van duidelijkheid zullen eerst de bepalingen betreffende executie aan de orde komen en pas daarna de artikelen 7A:1612 BW en 7:226 Ontwerp BW. Begonnen wordt met het huurbedingartikel, art. 3:264 BW.

*a. Art. 3:264 BW*

Art. 3:264 BW wordt als zodanig opgeheven. Enkele onderdelen betreffende huurdersbescherming uit het huidige artikel kunnen worden gehandhaafd, maar dienen ondergebracht te worden bij daartoe meer geëigende artikelen (hieronder wordt één en ander uitgewerkt). Opheffing van het huurbeding is nodig, omdat het bedoeld is als een correctie op de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW en overbodig wordt zodra het laatstgenoemde artikel beperkt wordt uitgelegd. Als 'huurbedinginstituut' verdwijnt art. 3:264 BW dan uit het privaatrechtelijke systeem, maar dat is zeer wenselijk, omdat met de materie meer problemen samenhangen dan ermee worden opgelost.

De enkele onderdelen van het artikel die zien op huurdersbescherming, spelen in het huidige recht een nuttige en zinvolle rol. Die onderdelen kunnen eenvoudig gehandhaafd worden, ook los van het huurbeding. Van het bestaande art. 3:264 BW dienen aldus te worden overgenomen (aangepast aan de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW, zie de volgende paragrafen):

-de leden 5, 6 en 8 (onder te brengen in art. 3:273 BW (lid 2 *nieuw*);

-lid 7, eerste zin (onder te brengen in art. 3:282 BW (*nieuw*)).

Vervallen kunnen daarentegen de leden 1 tot en met 4 en lid 7 tweede zin van art. 3:264 BW. Zulks vloeit voort uit de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW: het huurbeding (en ook het pachtbeding) als correctie op de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW is (zijn) overbodig; bepalingen omtrent de inhoud en de wijze van inroeping van een dergelijk beding ook. Een nadere uitleg omtrent het vervallen van de tweede zin van lid 7 wordt nog gegeven in de toelichting op art. 3:273 lid 3 BW (*nieuw*) (hierna, onderdeel c.4).

Met betrekking tot de tweede zin van lid 4 moet nog het volgende opgemerkt worden. Dat deze bepaling niet overgenomen hoeft te worden, heeft twee redenen. In de eerste plaats levert zij, zoals hierboven in paragraaf 10.3.1 werd aangegeven, in het huidige recht een innerlijke tegenstrijdigheid op. In de tweede plaats is de bepaling in een beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW overbodig. Immers, in die uitleg staat het moment van hypotheekvestiging centraal: op dát moment dient de hypotheekhouder een inschatting te maken omtrent de kans, dat het te verbinden goed bij onverhoopte uitwinning voldoende oplevert om de dan uitstaande vordering te voldoen. Is het goed op dat moment verhuurd, dan wordt het goed in die ver-

huurde staat hypothecair verbonden.<sup>65</sup> Het uitgangspunt is namelijk, dat de hypotheekhouder bij een eventuele executie het goed kan veilen in de juridische staat, waarin het zich bevond ten tijde van de hypotheekvestiging. Een beëindiging van dat huurrecht ná de hypotheekvestiging dient dan niet 'ten voordele' van de hypotheekhouder te komen (door een waardestijging van het goed). Uit één en ander vloeit voort, dat een latere verhuuring op gelijke voorwaarden als het vóór het hypotheekrecht verleende huurrecht, wél aan de hypotheekhouder kan worden tegen-  
geworpen. Een afzonderlijke bepaling in die zin is overbodig.

Aan deze conclusie kan niet afdoen het argument vóór invoering, destijds, van de tweede zin van art. 3:264 lid 4 BW. Dit argument was, dat art. 3:264 lid 4 BW een functie had ten opzichte van het oude recht; onder art. 1230 (Oud) BW was het namelijk wél mogelijk dat een latere huurder het huurbeding tegen zich ingeroepen zag, hoewel het goed ten tijde van de hypotheekvestiging reeds verhuurd was (aan een ander).<sup>66</sup> Immers, formeel was er dan sprake van 'huur-na-hypotheek' en van verhuur in strijd met een gemaakt huurbeding. In dat geval had de latere huurder slechts een mogelijkheid tot verweer tegen de hypotheekhouder, indien de te verwachten opbrengst van het goed zó hoog zou zijn, dat de hypotheekhouder misbruik zou maken van zijn bevoegdheid een beroep op het huurbeding te doen.

Dit argument, en daarmee de invoering van het huidige art. 3:264 lid 4 BW, is echter een schoolvoorbeeld van de verwarring die werd en wordt veroorzaakt door de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW in het oude en het huidige recht. Met die uitleg is de balans tussen hypotheekhouder en huurder reeds verstoord in het nadeel van de hypotheekhouder, die een latere verhuur moet respecteren. Reparatie of correctie van zijn rechtspositie is nodig. Met de correctie wordt de balans echter opnieuw verstoord, maar nu in het nadeel van de huurder. Het is immers onredelijk indien een hypotheekhouder, die het verhuurd zijn van het te verbinden goed bij de hypotheekvestiging heeft kunnen verdisconteren in de hoogte van het gevraagde krediet, een voordeel in de schoot geworpen krijgt indien de bestaande huurder vertrekt en hij het verbonden goed in waarde ziet stijgen<sup>67</sup> (en dat zo kan houden, omdat hij het huurbeding tegen de nieuwe huurder, die huurt op gelijke voorwaarden zou kunnen inroepen). Deze verdiscontering of risico-inschatting werd niet voor niets als ratio van art. 3:264 lid 4 BW opgevoerd.<sup>68</sup> De balans moet opnieuw worden hersteld, nu door de bepaling van art. 3:264 lid 4 tweede zin BW omtrent de 'nieuwe verhuur op al dan niet meer-bezwarende gronden'.

Samengevat: te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, correctie (art. 3:264 lid 1 BW), correctie op de correctie (art. 3:264 lid 4 BW). Indien art. 7A:1612 BW beperkt wordt uitgelegd, zijn de correcties overbodig.

<sup>65</sup>Eerdere versies van art. 3:264 lid 4 BW bevatten de toevoeging 'of kennelijk was bestemd om te worden verhuurd', waarmee de hypotheekhouder ook gebonden zou zijn aan een latere verhuur krachtens 'bestemming'. De toevoeging zou echter teveel rechtsonzekerheid voor kredietverstrekkers brengen en is uit het uiteindelijke vierde lid verwijderd. Zie TK 17 496, nrs. 1-2, p. 15 en nr. 3, p. 44; TK 17 496, nr. 18 (amendement Salomons); Verslag van de Vaste commissie voor Justitie, 1 juni 1987, UCV 76, p. 76-14 t/m 76-22.

<sup>66</sup>Zie de opmerkingen van regeringscommissaris Suijders en Minister Korthals Altes, Verslag Vaste commissie voor Justitie, 1 juni 1987, UCV 76, p. 76-23 l.k.; Verslag Vaste commissie voor Justitie, 24 juni 1987, UCV 85, p. 85-9 m.k. (zie ook p. 85-3, waarin kamerlid Swildens-Rozendaal betoogt, dat het met art. 3:264 lid 4 BW beoogde 'reeds beleid van de banken was').

<sup>67</sup>Men vergelijk de bepaling van art. 3:81 lid 3 BW omtrent de vermenging, die niet ten voordele werkt van degenen 'die op het bezwaarde goed een beperkt recht hebben en het tenietgaande recht moesten eerbiedigen.'

<sup>68</sup>TK 17 496, nr. 3, p. 44.

*b. Art. 3:268 BW*

Art. 3:268 BW blijft ongewijzigd.

*c. Art. 3:273 BW*

*c.1. Tekst*

Art. 273 BW dient gewijzigd te worden als volgt (de wijzigingen zijn vetgedrukt):

1. Door de levering ingevolge een executoriale verkoop en de voldoening van de koopprijs gaan alle op het verkochte goed rustende hypotheeken teniet en vervallen de ingeschreven beslagen, alsook de beperkte rechten **en de huur- en pachtrechten** die niet tegen de verkoper ingeroepen kunnen worden.

Ingevoegd wordt een nieuw lid 2, dat is ontleend aan het huidige art. 3:264, leden 5, 6 en 8 BW:

2. Voor zover de executie tot gevolg zal hebben dat de huurder van woonruimte, waarop de artikelen 1623a-1623f van Boek 7A van toepassing zijn, moet ontruimen, kan **de executie slechts plaatsvinden** nadat de president van de rechtbank daartoe op verzoek van de hypotheekhouder verlot heeft verleend. Het verlot is niet vereist ten aanzien van een huurovereenkomst met vernietiging waarvan de huurder schriftelijk heeft ingestemd of die is tot stand gekomen na de bekendmaking, bedoeld in artikel 516 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

De president verleent het verlot, tenzij ook met instandhouding van de huurovereenkomst kennelijk een voldoende opbrengst zal worden verkregen om alle schuldeisers **tegen wie het huurrecht niet kan worden ingeroepen**, te voldoen. Zo hij het verlot verleent, veroordeelt hij tevens de opgeroepen of verschenen huurders en onderhuurders tot ontruiming en stelt hij een termijn vast van ten hoogste één jaar na de betekening aan de huurder of onderhuurder van zijn beschikking, waarbinnen geen ontruiming mag plaatsvinden. **De rechten uit de beschikking waarbij het verlot is verleend, gaan over op de verkrijger.** Tegen de beschikking waarbij het verlot wordt verleend, staan geen hogere voorzieningen open.

Onder de huurder in de zin van dit artikel wordt begrepen degene die ingevolge artikel 1623g lid 1 of artikel 1623h lid 1 van Boek 7A van het Burgerlijk Wetboek medehuurder is.

Ingevoegd wordt voorts een nieuw lid 3, luidende:

3. Een executerende hypotheekhouder is bevoegd, **niettegenstaande het in de voorgaande twee leden bepaalde of een inmiddels op de voet van lid 2 verkregen verlot tot ontruiming, het verbodene in verhuurde staat over te dragen. In dat geval gaan de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst, die na de levering van het goed opeisbaar worden, met de levering over op de verkrijger.** Het in de vorige zin bepaalde is eveneens van toepassing, indien de nieuwe eigenaar niet binnen één maand na hetzij de levering van het gekochte, hetzij de afloop van de in lid 2 van dit artikel bedoelde termijn, waarbinnen geen ontruiming mag plaatsvinden, is overgegaan tot daadwerkelijke ontruiming van de huurder die zich nog in het gekochte bevindt.



Het huidige lid 2 van het artikel wordt vernummerd tot lid 4 en komt te luiden:

4. Wanneer de koper aan de president van de rechtbank binnen welker rechtsgebied het verbonden goed zich geheel of grotendeels bevindt, de bewijsstukken overlegt, dat de verkoop met inachtneming van de wettelijke voorschriften heeft plaatsgehad en dat de koopprijs in handen van de notaris is gestort, wordt hem van het tenietgaan en vervallen van de in het vorige lid bedoelde hypotheek, beperkte rechten, **huurrechten** en beslagen een verklaring verstrekt. Tegen de beschikking die een zodanige verklaring inhoudt, is geen hogere voorziening toegelaten.

Het huidige lid 3 van het artikel wordt vernummerd tot lid 5.

### *c.2. Toelichting leden 1, 2 en 4 (nieuw)*

Voor het doen vervallen, door een executie, van een huurrecht dat verleend is nádat een hypotheekrecht reeds is gevestigd, kan aangeknoopt worden bij art. 3:273 BW. Een dergelijk huurrecht behoort tot de rechten die niet tegen het hypotheekrecht kunnen worden ingeroepen, omdat zij later totstandgekomen zijn. Het komt te vervallen, van rechtswege, maar wél 'in beginsel'. Het eerste, van rechtswege, wil zeggen dat de hypotheekhouder zich *niet* uitdrukkelijk hoeft te beroepen (ook niet in de veilingvoorwaarden) op het anterior zijn van zijn hypotheekrecht om het latere huurrecht te doen vervallen. Dit hoeft hij immers ook niet te doen ten aanzien van later gevestigde beperkte rechten.<sup>69</sup> Ter vergelijking: in het huidige recht is een beroep op het huurbeding wél vereist (in de veilingvoorwaarden en/of rechtstreeks jegens de huurder, vergelijk art. 549 lid 1 Rv). Dit vloeit noodzakelijkerwijze voort uit de bestaande, te ruime werking van art. 7A:1612 BW: een later huurrecht werkt tegen een ouder hypotheekrecht, tenzij de hypotheekhouder zich uitdrukkelijk op een gemaakt huurbeding beroept.<sup>70</sup>

<sup>69</sup>In gelijke zin Meijers, noot onder HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (De Boer/Haskerveenpolder), in welk arrest de Hoge Raad tot het oordeel komt, dat een executant (beslaglegger) een beroep op de nietigheid van latere rechtshandelingen moet doen om zijn verkrijger, de koper, niet gebonden te doen zijn aan die rechtshandelingen. Meijers keert zich tegen dit oordeel en betitelt een dergelijke eis als een 'noodeloos formalisme' (p. 1265) en betoogt, dat het niet redelijk zou zijn om 'een zoo vanzelfsprekende verklaring te verlangen (...). De Hooge Raad heeft natuurlijk rekening te houden met wat de wet zegt. Maar dwingt onze wet tot de opvatting, dat na executie de koper de nietigheid onder geen omstandigheid kan inroepen, wanneer het beroep op nietigheid niet door den beslaglegger zelf gedaan is? M.i. geenszins. De koper is ten aanzien van dit beroep op nietigheid de rechtverkrijgende van den executant. De koper verkrijgt daardoor volstrekt niet een onverwacht voordeel; hij meende en mocht meenen een volwaardig goed te koopen; komt hij bedrogen uit, dan dient hij een rechtsmiddel te hebben.'

In deze zin bijvoorbeeld ook Roes, diss., p. 114-115, die (niet geheel begrijpelijk) op die plaats echter ook stelt dat in de veilingvoorwaarden wel zal moeten blijken wat de hypotheekhouder verkoopt: een verhuurd of een onverhuurd goed: '(...) voldoende is dat de hypotheekhouder duidelijk zijn standpunt te kennen geeft; door duidelijke en volledige veulingsbedingen is daaraan voldaan.' (p. 115). In de richting van dit laatste gaat ook Santen, in: *Recht* zo die gaat (1976), p. 110-112, een voorwaardelijk beroep op het huurbeding in de veilingvoorwaarden bepleitende.

<sup>70</sup>Van dit uitgangspunt, de te ruime werking van art. 7A:1612 BW, blijkt bijvoorbeeld in het volgende citaat van Eggens (Schermer-Eggens (1936), p. 178, weergevende een artikel in *Themis* 1921, p. 207 e.v.): 'Voldoende, maar ook noodig is, dat de hypotheekhouder, bij zijne executie, waaronder ten deze verkoop volgens art. 1223, 2e lid, B.W. begrepen is, van zijn wil doet blijken, om hetgeen in strijd met zijn beding is geschied, niet te erkennen.'

Het verval geschiedt dus van rechtswege; *daartoe is geen uitdrukkelijk beroep vereist*. De verwarrende gedachte in het huidige recht, dat een hypotheekhouder een later huurrecht moet respecteren, tenzij hij zich in de veilingvoorwaarden op het tegendeel beroept (een gemaakt huurbeding), is niet langer aan de orde. Iets anders is, dat in de beperkte uitleg het verval van het huurrecht *'in beginsel'* geschiedt. Dit heeft twee redenen.

In de eerste plaats staat het de executerende hypotheekhouder vrij om het verbonden goed in veiling te brengen *met instandhouding* van rechten die tegen hem niet kunnen worden ingeroepen. Een dergelijke keuze, of een geheel voorbehoud dienaangaande<sup>71</sup> (om onverhuurd dan wel verhuurd te verkopen<sup>72</sup>), zal de hypotheekhouder reeds in de veilingvoorwaarden kunnen maken. Hij kan zich uiteraard ook al in de contractuele fase met de aanstaande hypotheekgever verplichten om het goed in verhuurde staat in veiling te brengen (indien, na vestiging van het hypotheekrecht, daartoe moet worden overgegaan). Noodzakelijk is dit alles echter niet. Van de verkoop in verhuurde staat kan bijvoorbeeld ook eerst blijken uit de koopovereenkomst met de koper. Eén en ander belet andere schuldeisers, die het latere huurrecht niet behoeven te respecteren en dit ook niet willen, niet om op de voet van art. 517 lid 2 Rv<sup>73</sup> in de veilingvoorwaarden te doen opnemen dat het goed vrij van die latere rechten of beperkingen wordt verkocht.

Op de bevoegdheid van de hypotheekhouder om toch 'verhuurd' te verkopen, ondanks het in beginsel vervallen van het latere huurrecht, is de volgende redenering van toepassing. Zij is ontleend aan de redenering die dienaangaande door de wetgever wordt gebruikt met betrekking tot beperkte rechten die ná het hypotheekrecht zijn totstandgekomen en die in beginsel door zuivering (art. 3:273 BW) vervallen:

'Anderzijds zal het aan iedere executant aan wie het beperkte recht niet kan worden tegengeworpen, vrij staan het goed niettemin bezwaard met dat recht in veiling te brengen. Een eventuele koper zal het dan slechts onder de last van dat recht verkrijgen.'<sup>74</sup>

De executerende hypotheekhouder is echter meestal niet de enige schuldeiser; andere crediteuren willen eveneens hun vorderingen voldaan zien uit de opbrengst van het te veilen goed. De wetgever vervolgt het hierboven weergegeven fragment dan ook:

'Vóór de verkoop zullen echter eventuele andere schuldeisers van de geëxecuteerde zich tegen zodanige verkoopvoorwaarden kunnen verzetten, wanneer het beperkte recht tegen hen niet ingeroepen kan worden en zij dus een recht op een onbezwaarde executie kunnen doen gelden.'

Deze oplossing voor beperkte rechten is zonder problemen toe te passen op de situatie 'huur-na-hypotheek'. De artikelen 517 lid 2 en 526 Rv bevatten in samenhang met art. 518 Rv

---

<sup>71</sup>Vgl. Santen, a.w., p. 112, die 'een voorwaardelijk beroep op de nietigheid' (op het huurbeding) bepleit.

<sup>72</sup>Zijn beslissing zal bijvoorbeeld afhangen van de inschatting, of het verbodene voldoende zal opbrengen om zijn vordering voldaan te zien. Ook, en hiermee samenhangend, kan het van belang zijn dat zich een koper meldt die geïnteresseerd is in het pand als beleggingsobject en dit in verhuurde staat wil verwerven. Zie hiervoor, hoofdstuk 4, par. 4.3. Vgl. over deze keuze van de hypotheekhouder ook reeds H.A. Eussen, WPNR 3575 (1938), p. 312-314.

<sup>73</sup>Waarover hieronder, onderdeel g.

<sup>74</sup>MvA II ad art. 3:9.4.19 (art. 3:273 BW), Parl. Gesch. Boek 3, p. 838.

reeds de hiervoor passende regeling. Het resultaat is als volgt.<sup>75</sup> Stel dat de hypotheekhouder besluit het goed in verhuurde staat aan te bieden. Dit zal de opbrengst meestal lager doen zijn dan verkoop in onverhuurde staat. Andere schuldeisers, waaronder hypotheekhouders, kunnen in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW ook zónder een gemaakt huurbeding verlangen dat de veilingvoorwaarden inhouden dat de zaak wordt verkocht vrij van het daarop rustende huurrecht, mits dit recht (ook) niet tegen hen kan worden ingeroepen (zie art. 517 lid 2 Rv). Art. 526 lid 2 Rv voegt daaraan toe - thans alleen voor beperkte rechten, maar in uit te breiden vorm<sup>76</sup> ook voor andere latere rechten - dat de rechten als bedoeld in art. 517 lid 2 Rv vervallen. Indien ondanks de aldus ingerichte veilingvoorwaarden het betere recht van de andere schuldeisers bij de verkoop niet in acht wordt genomen, staat dezen de weg van het verzet tegen die verkoop open (art. 518 Rv).

Voor de vraag, hoe deze benadering van de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW uitwerkt in de concrete situaties 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur' en 'eerste hypotheek - huur - tweede hypotheek', wordt verwezen naar de hierna komende bespreking van art. 3:282 BW.

In de tweede plaats geschiedt in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW het verval van het huurrecht 'in beginsel', omdat de uitzondering die thans in art. 3:264 leden 5, 6 en 8 BW wordt gemaakt voor 'woonruimte, waarop de artikelen 7A:1623a-1623f van toepassing zijn', gehandhaafd dient te worden. De uitzondering wordt in aangepaste vorm opgenomen in een nieuw tweede lid van art. 3:273 BW. Het stelsel van bescherming van de huurder van woonruimte kan gezien worden als de verwoording van de billijkheidsgedachte, die sinds het Romeinse recht de aanleiding was tot regelingen als die van art. 7A:1612 BW.<sup>77</sup> De verlofferegeling heeft voor de huurder van woonruimte het voordeel van een beoordeling door een onafhankelijke derde, de president van de rechtbank. De regeling biedt de huurder een waarborg, indien nodig, tegen een hypotheekhouder die een zo hoog mogelijke opbrengst van het goed wil veiligstellen door alle na het hypotheekrecht gevestigde of totstandgekomen rechten te negeren.

Zo blijkt, dat het huurrecht in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW moeiteloos opgenomen kan worden in art. 3:273 BW. Een helder resultaat wordt verkregen: het systeem van het goederen- en verbintenissenrecht wordt eenvoudig toegepast en niet, zoals in het huidige recht, zonder reden verwrongen. Een bestaand huurrecht wordt in de beperkte uitleg beschermd tegen een latere (goederenrechtelijke) handeling door de verhuurder/hypotheekgever (de oorspronkelijke uitleg van art. 7A:1612 BW), maar de te ruime uitleg wordt verlaten: een eerder gevestigd goederenrechtelijk recht (hypotheek) kan niet aangetast worden door een latere verhuring van het verbonden goed. In de beperkte uitleg zet het feit dat hier een persoonlijk recht in het geding is het goederenrechtelijke systeem niet op zijn kop, zoals in het huidige recht het geval is. Een later persoonlijk huurrecht kan, evenmin als een later goederenrechtelijk recht dat kan, een bestaand goederenrechtelijk recht niet aantasten (vgl. de prioriteitsregel die geldt in het goederenrecht (voortvloeiende uit het nemo plus-beginsel<sup>78</sup>).

Voorts wordt met de beperkte uitleg aangesloten bij de zuiveringsfiguur die door de wetge-

<sup>75</sup>Zie omtrent de genoemde artikelen ook nader hieronder, de onderdelen g, h en i.

<sup>76</sup>In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW, zie hieronder, onderdeel i.

<sup>77</sup>Zie hoofdstuk 8.

<sup>78</sup>Zie Parl. Gesch. Boek 5, p. 3, onder 4.

ver is ontworpen voor beperkte rechten<sup>79</sup> (zie ook art. 6:252 lid 3 BW). Het vergoedingsrecht voor de huurder die zijn recht als gevolg van de executie ziet vervallen, kan even 'vlekkeloos' worden opgenomen in art. 3:282 BW (zie nader hieronder, sub d). In het huidige recht moet dat resultaat via de 'omweg' van het huurbeding bereikt worden, met alle (overbodige) problemen van dien.<sup>80</sup> Immers, in het huidige recht is er een aanzienlijk verschil tussen een huurrecht dat na het hypotheekrecht tot stand kwam enerzijds, en ná het hypotheekrecht gevestigde beperkte rechten anderzijds. Voor een vervallen van rechtswege van de laatste categorie behoeft de hypotheekhouder zich niet uit te spreken (art. 3:273 BW), maar voor een vervallen van het huurrecht dient hij een huurbeding in te roepen.<sup>81</sup> Denkt men aan een erfpachter die zijn recht verkreeg ná hypotheekvestiging, dan rijst onontkoombaar de vraag: waarom raakt de erfpachter zijn recht 'van rechtswege' kwijt, ook als hij het goed bewoont, en bestaat er voor een huurder bescherming tegen onnodig verval van zijn recht (en bestaan er voor een huurder van woonruimte zelfs bijzondere waarborgen daartegen)?<sup>82</sup> Waarom wordt het verval van het recht van erfpacht wél algemeen als 'vanzelfsprekend' geacht? Is dat, omdat

'De erfpachter die door een oudere hypotheekhouder uitgewonnen wordt, (...) er tenslotte mee (heeft) ingestemd een recht te verkrijgen dat bloot stond aan een dergelijke uitwinning.'<sup>82</sup>

Is instemming met oudere beperkte rechten een eis voor de totstandkoming van een jonger beperkt recht, zodat die eis van instemming niet geldt voor de totstandkoming van een huurrecht? Dat kan toch niet met een effen gezicht worden volgehouden. De gedachte is, dat een eenmaal gevestigd beperkt recht geëerbiedigd dient te worden. Van het bestaan van dat beperkte recht blijkt uit de registers en die registers zijn openbaar, dus toegankelijk voor erfpachter én huurder. Het verschil tussen erfpachter en huurder is nog merkwaardiger wanneer men beziet dat in beide gevallen, 'erfpacht-na-hypotheek' en 'huur-na-hypotheek', sprake zal zijn van een ontbreken, in beginsel, van toestemming van de hypotheekhouder tot uitgifte in erfpacht respectievelijk verhuuring. De hypotheekhouder zal immers in zijn standaardmodellen van hypotheekakten of in de betreffende algemene voorwaarden diverse bepalingen hebben opgenomen die zakelijke belastingen en verhurings, die de waarde van het goed kunnen verminderen, verbieden.

### *c.3. Heeft de koper een executoriale titel tot ontruiming nodig?*

Indien de koper het pand in *overhuurde* staat wil verwerven, koopt hij 'vrij van huur'. Dit wordt uitdrukkelijk bepaald in de koopovereenkomst. De koop wordt gevolgd door een dienovereenkomstige levering 'vrij van huur'. Op grond van de eigendom van een onverhuurd pand kan de nieuwe eigenaar nu tot ontruiming overgaan. Hij heeft daartoe een executoriale titel nodig. Voor de wijze waarop hij deze kan verkrijgen dient te worden onderscheiden, evenals in het huidige recht, tussen woonruimte ex art. 7A:- 1623a-1623f BW en bedrijfsruimte of andere woonruimte dan die bedoeld in art. 7A:-1623a-1623f BW.

Betreft de verkoop woonruimte ex art. 7A:1623a-1623f BW, dan geldt thans art. 549 lid 3

<sup>79</sup>MvA II ad art. 3:9.4.19 (art. 3:273 BW), Parl. Gesch. Boek 3, p. 838.

<sup>80</sup>Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 6, par. 6.3 en 6.4.

<sup>81</sup>Zie de procedure van inroeping van het huurbeding, weergegeven in hoofdstuk 4, par. 4.2.

<sup>82</sup>R. Zwitser, NTBR 1994/9, p. 210.

Rv, bepalende dat de rechten uit de beschikking waarbij het verlot om het huurbeding in te roepen is verleend, op de koper overgaan (althans, wanneer de uitoefening van de bevoegdheid daartoe aan de koper in de veilingvoorwaarden is overgelaten). In een beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW zou deze bepaling als juridisch-theoretische *grondslag* van de ontruiming niet nodig zijn.<sup>83</sup> Toch zou handhaving ervan nuttig zijn, omdat de koper voor de ontruiming op grond van zijn eigendomsrecht óók een executoriale titel nodig heeft.<sup>84</sup> De bepaling kan daartoe ondergebracht worden in art. 3:273 lid 2 BW (nieuw), bij de overige executieregels betreffende de huur van woonruimte ex art. 7A:1623a-1623f BW. (Art. 549 lid 3 Rv kan vervallen).

Met betrekking tot bedrijfsruimte of andere woonruimte dan die bedoeld in art. 7A:1623a-1623f BW, dient de nieuwe eigenaar wél afzonderlijk een executoriale titel tot ontruiming van de huurder te verkrijgen, zo vloeit uit het vorenstaande voort. De hypothecaire executie op grond van het verleende hypotheekrecht, gevolgd door de levering 'onverhuurd' kan niet in een dergelijke titel voorzien. Algemeen wordt gesteld in dit verband: de huurder is immers noch partij bij de hypotheekakte, noch geëxecuteerde in de zin van art. 525 lid 3 Rv.<sup>85</sup> Een executoriale titel zou wel gevraagd kunnen worden tegelijk met het verzoek van de koper tot de vervallenverklaring zoals bedoeld in art. 3:273 lid 4 BW (nieuw).

#### *c.4. Toelichting lid 3 (nieuw)*

In het huidige recht kan de hypotheekhouder in de veilingvoorwaarden 'pro forma' het huurbeding inroepen, maar de uitoefening van zijn bevoegdheid tot daadwerkelijke verwijdering van de huurder overlaten aan de koper (art. 3:264 lid 1 BW). De mogelijkheid om de beslissing omtrent één en ander uit te stellen komt voort uit het streven van hypotheekhouders om het te laten afhangen van de te verwachten opbrengst en van de bedoeling van de uiteindelijke koper, óf er daadwerkelijk onverhuurd verkocht gaat worden en (eventueel) tot ontruiming moet worden overgegaan.<sup>86</sup>

Wil men deze mogelijkheid tot uitstel handhaven, dan is een huurbeding echter niet nodig, en ook de 'uitoefening' van het huurbeding (art. 3:264 lid 1, laatste zin, BW) behoeft niet te worden overgelaten aan de koper. In een systeem waarin art. 7A:1612 BW beperkt wordt uitgelegd biedt de hypotheekhouder, zoals hierboven reeds uiteengezet werd, het verbonden goed ter verkoop aan in de juridische staat, waarin het zich bevond ten tijde van de hypotheekvestiging. Nadien gevestigde beperkte rechten of verleende huurrechten vervallen 'van rechtswege en in beginsel'.<sup>87</sup> De hypotheekhouder kan niettemin besluiten het verbodene in verhuurde staat te verkopen. Hij kan hiertoe zelfs overgaan na verkregen verlot tot ontruiming van de president van de rechtbank (art. 3:273 lid 2 (nieuw) BW).

In het nieuwe derde lid van art. 3:273 BW wordt deze mogelijkheid voor de hypotheekhouder om desondanks 'verhuurd' te verkopen, buiten twijfel gesteld. De tweede zin geeft aan, dat de huurovereenkomst in dat geval integraal - op gelijke voorwaarden - en van rechtswege overgaat op de verkrijger van het geëxecuteerde goed. De derde zin ziet op het geval, dat de

<sup>83</sup>In het huidige recht is de grondslag van de ontruiming niet goed aan te wijzen en veroorzaakt de nodige onduidelijkheid; zie hoofdstuk 4, par. 4.4.

<sup>84</sup>Vgl. MvA II Inv. ad art. 3.9.4.8 (art. 3:264), Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1361.

<sup>85</sup>Zie hoofdstuk 4, par. 4.2.

<sup>86</sup>Zie voor deze afweging door de hypotheekhouder ook hoofdstuk 4, par. 4.3.

<sup>87</sup>Zie hierboven, de toelichting op de leden 1, 2 en 4 (nieuw).

nieuwe eigenaar van het goed nalaat zijn eigendomsrecht (ontruimingsrecht) uit te oefenen, ondanks het feit dat hij het goed onverhuurd heeft gekocht en geleverd gekregen en ondanks het gegeven dat de huurder zich daarmee zonder recht of titel in het goed bevindt.<sup>88</sup> Met de verkoop en levering 'onverhuurd' is immers de beslissing voor de huurder gevallen (hij zal het goed moeten verlaten). Het is dan echter redelijk te eisen, dat de nieuwe eigenaar de huurder niet in het ongewisse laat of de ontruiming daadwerkelijk gaat volgen.<sup>89</sup> Binnen een korte termijn - één maand na de levering of na het aflopen van de door de president van de rechtbank ex 3:273 lid 2 (nieuw) BW gestelde termijn voor ontruiming, dient de nieuwe eigenaar de daad bij het woord te voegen.

Aan een bepaling zoals thans is opgenomen in art. 3:264 lid 7 tweede zin BW, waarbij een bedrag gereserveerd moet worden overeenkomend met de te verwachten schade van schuldeisers met een lagere rang, is in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW geen behoefte. Bij de verkoop en levering is reeds duidelijk, óf het huurrecht is vervallen (er wordt verhuurd óf onverhuurd verkocht). Is het huurrecht vervallen, dan komt hem de schadevergoeding toe; deze kan echter direct in de uitdeling van de opbrengst (art. 3:270 BW) worden opgenomen.

Ter vergelijking: in het huidige recht is de bepaling van art. 3:264 lid 7 tweede zin BW een gevolg van de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Zolang de koper zich niet uitlaat over de vraag óf hij zijn recht tot oproeping van het beding zal uitoefenen, is art. 7A:1612 BW van toepassing op de situatie 'huur-na-hypotheek' en is de koper gebonden aan het huurrecht. Het is dan aan de koper, die bij de verkoop en levering gebonden wordt aan de huurverhouding, om die verhouding *nadien* ongedaan te maken. Dit resultaat is niet alleen moeilijk voorstelbaar, maar ook onredelijk jegens de huurder. Deze kan, mede doordat er geen termijn aan de uitoefening door de koper is gesteld, lang in onzekerheid blijven omtrent de eventuele ontruiming. Zoals Tratnik en Mertens terecht opmerken, kan er niet tot een definitieve verdeling van het overschot worden overgegaan, zolang niet duidelijk is óf de koper zijn recht op oproeping van het huurbeding zal uitoefenen.<sup>90</sup>

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW wordt een dergelijke keuze van de koper reeds bij het aangaan van de koop geëist. Dit is redelijker jegens de huurder. De hypotheekhouder kan de vraag of hij verhuurd of onverhuurd wil verkopen, nog voor zich uit schuiven, maar bij de uiteindelijke verkoop dient er duidelijkheid voor de huurder te zijn. De termijn, in het hier voorgestelde, nieuwe derde lid van art. 3:273 BW gegeven aan de koper om tot daadwerkelijke ontruiming over te gaan, is van deze duidelijkheid mede een uitdrukking.

#### *d. Art. 3:282 BW*

##### *d.1. Tekst*

Art. 3:282 BW wordt aangevuld met een nieuw tweede lid:

2. Indien het recht van een huurder of een pachter door de executie vervalt, omdat het niet kan worden ingeroepen tegen een pand- of hypotheekhouder of een beslaglegger op het goed, wordt aan de

<sup>88</sup>Zie over dit 'zonder recht of titel in het goed verblijven' de literatuurverwijzingen, genoemd door R.A. Dozy, WPNR 5967 (1990), p. 430, bij noot 8.

<sup>89</sup>Vgl. in soortgelijke zin ook M. Tratnik en R.F.H. Mertens, Kw.ber. Nieuw BW 1988/2, p. 50 r.k.

<sup>90</sup>M. Tratnik en R.F.H. Mertens, a.w., p. 50 r.k.

huurder of pachter uit de bij de executie verkregen netto-opbrengst van het goed, met voorrang onmiddellijk na de vorderingen van hen tegen wie hij zijn recht niet kon inroepen, een vergoeding uitgekeerd ten bedrage van de schade die hij als gevolg van het vervallen van zijn recht lijdt.

### *d.2. Toelichting*

In dit nieuwe artikellid wordt de vergoedingsregeling voor de huurder opgenomen die thans in art. 3:264 lid 7 BW is neergelegd. Art. 3:282 BW is hiervoor de logische plaats, omdat het artikel al een gelijke regeling inhoudt voor beperkte rechten die vervallen door een executie. Opname van de vergoedingsregeling voor de huurder in art. 3:282 BW strookt voorts met het systeem van het huidige BW<sup>91</sup> en met komend burgerlijk recht.<sup>92</sup> Voorafgaand aan de opname van het uiteindelijke art. 3:264 lid 7 BW is een dergelijke aansluiting ook bepleit door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en door Stein.<sup>93</sup> De wetgever heeft zich dienaangaande echter niet uitgelaten.<sup>94</sup>

De hier voorgestelde regeling werkt in hoofdlijnen als volgt uit. Komt het huurrecht ex art. 3:273 BW te vervallen, dan geldt de vergoedingsregeling van art. 3:282 BW; bij de verdeling van de executieopbrengst neemt de huurder met zijn vordering *rang* naar zijn *oorspronkelijke* positie in een eventuele reeks rechten: bestaande rechten (op het moment van verhuring) gaan vóór zijn recht, latere rechten staan achter in rang bij het huurrecht.

Meer in détail kunnen de volgende situaties geschetst worden: 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur' en 'eerste hypotheek - huur - tweede hypotheek'.

#### *d.2.1. 'Eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur'*

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW werkt de situatie 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur' als volgt uit. De huurder komt met zijn vergoedingsrecht na degenen tegen wie hij

<sup>91</sup>Aldus A.A. Van Velten, WPNR 5941 (1989), p. 769-770.

<sup>92</sup>Zie het Gewijzigd voorstel van wet dd. 14 maart 1996, TK 24 212, nr. 220 (Vaststelling en invoering van afdeling 7.1.12 (huurkoop onroerende zaken) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, waar een beschermingsregeling voor de huurkoper op de voet van art. 3:282 BW wordt voorgesteld ('Artikel III'): 'Voor de tekst van artikel 282 wordt het cijfer 1 geplaatst. Ingevoegd wordt een nieuw lid 2 dat als volgt komt te luiden: 2. Indien in geval van executie een huurkoper van een onroerende zaak zijn recht niet kan inroepen tegen een hypotheekhouder of een beslaglegger, wordt aan de huurkoper uit de netto-opbrengst van het goed, met voorrang onmiddellijk na de vorderingen van degenen tegen wie hij zijn recht niet kan inroepen, een vergoeding uitgekeerd ten bedrage van de schade die hij als gevolg van de executie lijdt.' Vgl. ook TK 24 212, nr. 6, artikel IIA, p. 1.

<sup>93</sup>P.A. Stein, WPNR 5735 (1985), p. 268, nr. 24-32; naar het voorstel in deze richting door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak wordt zonder nadere toelichting verwezen door de wetgever, zie TK 17.496, nr. 10, p. 70 (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1361). Ook in de richting van een schadevergoedingsrecht voor de huurder gaat P. Rodenburg, NJB 1981/25, p. 646-648.

<sup>94</sup>In het Voorlopig Verslag wordt wèl het verband gelegd met het latere art. 3:282 (art. 3.10.1.3d in het Ontwerp), TK 17 496, nr. 9, p. 24; Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1360. Zie over dit verband voorts J.E. Fesevur, Kw.ber. Nieuw BW 1985/3, p. 73; M. Tramik en R.F.H. Mertens, Kw.ber. Nieuw BW 1988/2, p. 49; A.A. van Velten, WPNR 5941 (1989), p. 769-770; Mon. Nieuw BW B-12b (Huijgen), nr. 12, 22. Zie over de verhouding tussen art. 3:264 leden 2 en 7 BW enerzijds en art. 3:282 BW anderzijds ook de discussie, veroorzaakt door W.G. Huijgen, WPNR 6223 (1996), p. 363-364, hiervoor in hoofdstuk 6 weergegeven (par. 6.3 en 6.4).

zijn recht niet kon invoeren, dat wil zeggen, ná de eerste en ook ná de tweede hypotheekhouder. De volgorde van totstandkoming van de onderscheiden rechten is maatgevend voor de onderlinge rangorde. In het geval de eerste hypotheekhouder executeert 'vrij van huur'<sup>95</sup>, vloeit dit resultaat zonder meer voort uit de artikelen 3:273 en 3:282 BW (aangepast in de hierboven weergegeven zin). Hetzelfde geldt indien de eerste hypotheekhouder voornemens is te executeren met instandhouding van het latere huurrecht. De tweede hypotheekhouder kan zich tegen die instandhouding verzetten (art. 517 lid 2 Rv). Immers, het feit dat het huurrecht ná de beide hypotheekrechten is totstandgekomen brengt mee, dat óók de tweede hypotheekhouder 'een recht op een onbezwaarde executie (kan) doen gelden' op gelijke wijze als bepaald is voor beperkte rechten.<sup>96</sup> Art. 7A:1612 BW wordt in de beperkte uitleg alleen van toepassing geacht op *eerdere* verhuringen, niet op latere. Het bestaande, tweede hypotheekrecht wordt niet bedreigd door het latere huurrecht.

Ter vergelijking: in het huidige recht staan twee factoren zonder reden aan dit resultaat in de weg:

1. de te ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW (ook *latere* huurrechten doorkruisen hypotheekrechten) en
2. de daardoor ontstane noodzaak van een huurbeding om de schade voor de hypotheekhouder te herstellen.

In het huidige recht gaat zich nu het wonderlijke probleem voordoen, dat de te ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW eerst algemeen aanvaard wordt, waarbij de regel van art. 3:273 BW, zoals die in het algemeen geldt ten aanzien van latere (beperkte) rechten, volledig wordt doorkruist. Met andere woorden: de (eerdere) hypotheekhouder wordt in het nauw gedreven door de interpretatie van art. 7A:1612 BW. Niet minder algemeen wordt er vervolgens naar gestreefd de oorspronkelijke rechtspositie van de hypotheekhouder te herstellen: hij moet zijn hypotheekrecht óók tegen latere verhuringen beschermd kunnen zien. Kennelijk geschiedt deze reparatiepoging vanuit de gedachte, dat bestaande goederenrechtelijke rechten in beginsel geëerbiedigd dienen te worden. Echter, dan laat het huurbeding zijn bijwerkingen zien: een conclusie als bij het huidige art. 3:273 BW (verval van het latere beperkte recht) staat het niet toe. Het huurbeding geldt slechts ten aanzien van de hypotheekhouder die het in de hypotheekakte heeft opgenomen, en daarmee slechts in *diens* relatie tot de hypotheekgever. Resultaat: de werking van art. 3:264 BW wordt geacht een relatieve te zijn! Het tweede lid van het artikel formuleert dat als volgt:

'(..) een in strijd met het beding gekomen rechtshandeling (wordt) slechts vernietigd ten behoeve van degene die het invoert, en niet verder dan met diens recht in overeenstemming is.'

De relatieve werking leidt op haar beurt tot vele interpretaties, moeilijkheden en constructies, de laatste wederom met één doel: het resultaat bereiken dat ten aanzien van latere beperkte rechten zonder meer geldt. In de hier besproken situatie 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur' komt naar huidig recht de tweede hypotheekhouder met een *ouder* recht dan het huurrecht in de problemen, indien de eerste hypotheekhouder executeert (de laatste roept al dan niet 'zijn eigen' huurbeding in). Talloze uitlegvragen dienen zich dan aan<sup>97</sup>: werkt de inroe-

<sup>95</sup>In het geval van woonruimte ex art. 7A:1623a-1623f BW: met verloop van de president van de rechtbank.

<sup>96</sup>Zie hierboven, onderdeel c.

<sup>97</sup>Zie hoofdstuk 6, par. 6.3 en 6.4.



ping van het huurbeding door de eerste hypotheekhouder alleen ten behoeve van deze en zo ja, neemt de schadevergoedingsvordering van de huurder (art. 3:264 lid 7 BW) dan rang direct *na* de eerste hypotheekhouder, maar vóór de tweede hypotheekhouder, ook indien het recht van de laatste *ouder* was dan het vervallende huurrecht (de *leer Huijgen*)? Blijft het huurrecht bestaan ten aanzien van de tweede hypotheekhouder (relatieve werking, art. 3:264 lid 2 BW), maar komt desondanks het vergoedingsrecht van de huurder vóór die tweede hypotheekhouder? In dat geval is het huurrecht kennelijk toch vervallen, nadat het eerst met een bepaald doel bleef bestaan? Kan de tweede hypotheekhouder een beroep op zijn eigen huurbeding doen terwijl het de eerste hypotheekhouder is die executeert?<sup>98</sup>

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW wordt aan deze capriolen rond een vermeende relatieve werking van art. 3:264 BW niet toegekomen, omdat in die uitleg het huurbeding niet nodig is als corrigerende factor op een te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Het zevende lid van art. 3:264 BW wordt opgenomen in art. 3:282 BW en wordt letterlijk uitgelegd: het vergoedingsrecht neemt rang onmiddellijk na degenen tegen wie de huurder zijn recht niet kon inroepen. In de situatie *'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur'* zijn dat de eerste en de tweede hypotheekhouder.

#### *d.2.2. 'Eerste hypotheek - huur - tweede hypotheek'*

De situatie *'eerste hypotheek - huur - tweede hypotheek'* werkt in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW uit als volgt. Ook hier is de volgorde van totstandkoming van de onderscheiden rechten bepalend voor de onderlinge rangorde. De beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW biedt hiertoe de ruimte: het artikel wordt alleen van toepassing geacht op *eerdere* verhuringen, niet op latere. De tweede hypotheekhouder dient het oudere huurrecht te respecteren. De huurder komt met zijn vergoedingsrecht ná de eerste, maar vóór de tweede hypotheekhouder. Is de opbrengst *'in verhuurde staat'* lager dan het geval zou zijn geweest in onverhuurde staat, dan schiet er minder over voor de tweede hypotheekhouder. In dit geval, waarin de eerste hypotheekhouder executeert *'vrij van huur'*, vloeit het resultaat zonder meer voort uit de artikelen 3:273 en 3:282 BW (aangepast in de hierboven weergegeven zin).

Wil de eerste hypotheekhouder daarentegen executeren mét instandhouding van het latere huurrecht, dan kan de tweede hypotheekhouder zich daartegen, anders dan in de situatie *'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur'*, niet verzetten. Ten aanzien van het oudere huurrecht kan hij immers níet *'een recht op een onbezwaarde executie (.) doen gelden'*, evenmin als hij dat zou kunnen ten aanzien van oudere beperkte rechten.<sup>99</sup> Hij heeft in dit geval

*'niet een rechtens te eerbiedigen belang (.) bij het vertrek van de huurder, nu zijn hypotheekrecht tot stand is gekomen na de totstandkoming van de huur.'*<sup>100</sup>

Art. 7A:1612 BW is ten aanzien van de tweede hypotheekhouder wél van toepassing, omdat het huurrecht reeds bestond ten tijde van de hypotheekvestiging. Indien er *'onverhuurd'* wordt geveild door de eerste hypotheekhouder, dan schiet er van de - wellicht hogere - opbrengst voor

<sup>98</sup>J.E. Fesevur, WPNR 6269 (1997), p. 319-320, komt bijvoorbeeld tot deze interpretatie van de relatieve werking van art. 3:264 BW.

<sup>99</sup>Zie hierboven, onderdeel c.

<sup>100</sup>P.A. Stein, WPNR 5735 (1985), p. 268, nr. 24.

de tweede hypotheekhouder eerst wat over ná voldoening van de schadevergoedingsvordering aan de huurder.

Opvallend is, dat de *uitkomst* voor *deze* situatie, 'eerste hypotheek - huur - tweede hypotheek', in het huidige recht niet anders is dan in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW. De volgorde van totstandkoming van de onderscheiden rechten is in het bestaande recht weliswaar *niet* bepalend voor de onderlinge rangorde - art. 7A:1612 BW beschermt daarin immers niet alleen bestaande huurrechten tegen een latere verhypothekering, maar óók nog te verlenen huurrechten nádat er reeds is verhypothekerd -, maar toch wordt er in deze situatie algemeen tot de conclusie gekomen<sup>101</sup>, dat de huurder voor zijn vergoedingsrecht rang neemt overeenkomstig zijn oorspronkelijke positie, dat wil zeggen ná de eerste maar vóór de tweede hypotheekhouder. Dit resultaat wordt naar huidig recht bereikt als volgt. Op grond van art. 7A:1612 BW (de te ruime uitleg) is het huurrecht zonder meer tegen te werpen aan de eerste én de tweede hypotheekhouder; slechts de veilende hypotheekhouder kan door inroeping van een eventueel gemaakt huurbeding het huurrecht doen vervallen. De relatieve werking van het huurbeding (art. 3:264 lid 2 BW) brengt hier echter mee, dat het huurrecht slechts wordt vernietigd ten behoeve van de veilende hypotheekhouder en niet verder dan met diens recht in overeenstemming is (het huurrecht blijft bestaan ten aanzien van de andere hypotheekhouder). Bovendien komt aan de huurder op grond van art. 3:264 lid 7 BW een vergoeding toe 'met voorrang onmiddellijk na hen tegen wie hij zijn recht niet kon inroepen', indien zijn recht, zoals dit zevende lid het formuleert, 'krachtens lid 2 verloren'<sup>102</sup> gaat wanneer de hypotheekhouder veilt.

Beziet men de wijze waarop in het huidige recht wordt gekomen tot deze redelijke en algemeen onderschreven uitkomst - de huurder neemt voor zijn vergoedingsrecht rang overeenkomstig zijn oorspronkelijke positie - dan moet welhaast van een toevalstreffer gesproken worden. Immers, gezien het ingenomen uitgangspunt van de te ruime werking van art. 7A:1612 BW kan toch moeilijk worden beweerd, dat het bereikte resultaat terug te voeren is op het beginsel, dat bestaande rechten moeten worden geëerbiedigd. En met die te ruime werking van art. 7A:1612 BW strookt welhaast nog minder de regel van de artikelen 3:282 en 3:264 lid 7 BW dat, wanneer rechten moeten vervallen, daarvoor een vergoeding in de plaats komt *met de rang die aan het vervallen recht toekwam*.

Om de bedoelde uitkomst te bereiken is het dan ook beter om uit te gaan van de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW - een bestaand hypotheekrecht wordt niet aangetast door een latere verhuuring - en vervolgens voor de uitwerking aansluiting te zoeken bij de regeling voor beperkte rechten in de artikelen 3:273 en 3:282 BW. Het zij herhaald (zie d.2.1): het zevende lid van art. 3:264 BW wordt opgenomen in art. 3:282 BW en dient letterlijk te worden uitgelegd: het vergoedingsrecht van de huurder neemt rang onmiddellijk na degene(n) tegen wie hij zijn recht niet kon inroepen. In de situatie 'eerste hypotheek - huur - tweede hypotheek' is dat de eerste hypotheekhouder. In de situatie 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur' zijn dat de eerste en de tweede hypotheekhouder (zie hiervoor, d.2.1).

<sup>101</sup>Zie hoofdstuk 6, par. 6.4 en de hiervoor, in noot 93 genoemde literatuur.

<sup>102</sup>Leest men de overige leden van art. 3:264 BW, dan zou de vernietiging van het huurrecht ook kunnen worden afgeleid uit lid 1 en lid 4. Op tentamens voor rechtenstudenten blijkt uit de vele verschillende antwoorden die gegeven worden, dat het niet goed mogelijk is één artikellid aan te wijzen waarin de werking van het huurbeding onomwonden staat omschreven.

### *d.3. Bezwaren tegen aansluiting bij art. 3:282 BW?*

Een bezwaar tegen art. 3:282 BW in zijn huidige vorm ligt in het feit dat 'de waarde' uit de in het artikel genoemde 'vergoeding van de waarde (van) het vervallen recht', onbepaald is. Latere aspirant-hypothekhouders kunnen niet inschatten tot welk bedrag zij andere gerechtigden op het goed moeten laten voorgaan bij een eventuele executie.<sup>103</sup> Dit doet afbreuk aan de rechtszekerheid in het rechtsverkeer, met het oog waarop

'(...) de zakelijke zekerheidsrechten met betrekking tot onroerend goed aan een geldelijke begrenzing zijn onderworpen, die bij de vestiging van het recht moet worden aangegeven.'<sup>104</sup>

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW zou ook het huurrecht in art. 3:282 BW worden opgenomen. De waarde daarvan bij verval door executie is niet minder onbepaald dan die van vervallende beperkte rechten. Als extra bezwaar zou nog kunnen gelden, dat het huurrecht zelf niet kenbaar is uit de registers (van beperkte rechten blijkt het bestaan nog uit die registers).<sup>105</sup>

Het is echter zeer de vraag of deze bezwaren aan invoeging van het huurrecht in art. 3:282 BW in de weg zouden moeten staan. Bij de totstandkoming van de huidige artikelen 3:264 en 3:282 BW heeft het eerstgenoemde bezwaar kennelijk geen belemmering gevormd. Bij de formulering van het huurbeding bijvoorbeeld was het hoogstwaarschijnlijk belangrijker om te pogen de tegenstrijdige belangen bij een hypothecaire executie zo mogelijk enigszins te verenigen.<sup>106</sup> De beoogde bescherming van de huurder diende afgewogen te worden tegen het belang van voldoende financierbaarheid van woningen. Tegen deze achtergrond zou invoeging van het huurrecht in art. 3:282 BW geen van beide bezwaren mogen ontmoeten. De invoeging brengt immers geen wijziging in de bestaande regeling teweeg, wél een belangrijke vereenvoudiging. Bovendien is er geen reden voor een onderscheid in deze tussen een beperkt gerechtigde en een huurder: dezelfde toepassing van het beginsel, dat aan bestaande goederenrechtelijke rechten geen afbreuk gedaan kan worden door de totstandkoming van andere, wordt immers voorgestaan. Mank gaat dan ook de volgende redenering (vrij weergegeven)<sup>107</sup>:

Het huurrecht wordt niet genoemd in art. 3:273 BW of in art. 526 Rv, in welke artikelen gesproken wordt van het vervallen van beperkte rechten die niet tegen de verkoper kunnen worden ingeroepen; het huurrecht blijft dus bestaan bij executie door de hypotheekhouder; dat is ook juist, zie immers art. 7A:1612 BW.

In de redenering wordt een rechtsgevolg afgeleid uit het ontbreken in de bedoelde artikelen van een vermelding van het huurrecht, terwijl de vraag zou moeten zijn *waarom* dat huurrecht niet wordt genoemd. Het antwoord op die vraag kan alleen zijn: het huurrecht wordt niet genoemd, omdat aan art. 7A:1612 BW een te ruime werking wordt toegekend. Die werking moet

<sup>103</sup>Vgl. P.A. Stein, RM Themis 1972, p. 57-58 en, in gelijke zin, J.E. Fesevur, Kw.ber. Nieuw BW 1985/3, p. 73; A.A. van Velten, WPNR 5941 (1989), p. 770; Mon. Nieuw BW B-12b (Huijgen), p. 28.

<sup>104</sup>P.A. Stein, t.a.p..

<sup>105</sup>Vgl. J.E. Fesevur, t.a.p..

<sup>106</sup>Vgl. MvT Inv. ad art. 3.9.4.8 (3:264) BW, Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1355-1356; A.A. van Velten, t.a.p..

<sup>107</sup>Zie bijvoorbeeld uitdrukkelijk de wetgever, MvT Inv. bij art. 517 Rv, Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 240; Praktijkboek Onroerend Goed, IG - 37, p. 24; W.G. Huijgen, WPNR 6255 (1997), p. 88-89.

vervolgens worden gecorrigeerd door middel van een huurbeding én een interpretatie daarvan met een 'relativiteits'-theorie en, voor de situatie 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur' zelfs met een 'bijzondere relativiteit die verbonden is aan de invoering van het huurbeding'<sup>108</sup>.

*e. Art. 7A:1612 BW*

De tekst van het huidige art. 7A:1612 BW heeft met het oog op een beperkte uitleg van het artikel niet gewijzigd te worden (een wenselijke wijziging is uiteraard wel de in art. 7:226 lid 1 voorziene opname van het woord 'eigendomsoverdracht', die in de plaats dient te komen van 'verkoop' in art. 7A:1612 BW). Het artikel bestrijkt de klassieke situatie waarvoor het geschreven is, 'eigendomsoverdracht-na-huur' (eigendomsoverdracht door de verhuurder zelf). Het ligt voor de hand dat hetgeen geldt voor een beschikking over het meerdere (eigendomsoverdracht-na-huur), ook geldt voor een beschikking over het mindere (vestiging van een beperkt recht-na-huur, of overdracht van dat beperkte recht).<sup>109</sup> Het wettelijk systeem dat ten grondslag ligt aan art. 3:8 BW voert reeds tot deze conclusie, maar dit is ook nog eens verwoord in 3:98 BW (bepalende dat hetgeen geldt voor 'de overdracht van een goed', overeenkomstige toepassing vindt op de vestiging van een beperkt recht op dit goed). Daarmee bestrijkt art. 7A:1612 BW eveneens de situatie 'hypotheek-na-huur'.

Art. 7A:1612 BW ziet daarentegen *niet* op de situatie 'huur-na-hypotheek'. Deze beperkte uitleg van het artikel dient te worden aangenomen c.q. aanvaard en op de hierboven en -onder aangegeven wijze verwerkt te worden in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering.

*f. Art. 7:226 en 7:227 Ontwerp BW*

*f.1. Tekst*

Art. 7:226 Ontwerp BW dient gewijzigd te worden als volgt (de nieuwe gedeelten zijn vetgedrukt; het tweede lid van het thans door de wetgever voorgestelde art. 7:226 vervalt; het huidige derde lid wordt lid 2; het huidige lid 4 blijft ongewijzigd):

- 1. Een bestaand huurrecht kan niet worden aangetast door een eigendomsoverdracht door de verhuurder. In dat geval gaan de rechten en verplichtingen van de verhuurder die daarna opeisbaar worden, over op de verkrijger, één en ander met inachtneming van het in lid 2 van dit artikel bepaalde.**
2. De in lid 1 bedoelde verkrijger wordt slechts gebonden door die bedingen van de huurovereenkomst, die onmiddellijk verband houden met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen tegenprestatie.
- 3. Een bestaand huurrecht kan evenmin worden aangetast door een schuldeiser van de verhuurder die executeert krachtens een aan het huurrecht posterieur recht.**
4. Bij huur van een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan alsmede van een woonwagen in de zin van artikel 235 en van een standplaats in de zin van artikel 236, kan niet van de voorgaande

---

<sup>108</sup>W.G. Huijgen, WPNR 6223 (1996), p. 364.

<sup>109</sup>In deze zin ook uitdrukkelijk de wetgever van het Ontwerp BW, TK 26 089, nr. 6, p. 30-31 sub c en p. 34 sub h, hoewel de wetgever daarbij ten onrechte niet onderscheidt tussen aan het huurrecht anterieure en posterieure beperkte rechten; zie hoofdstuk 7 en hiervoor, par. 10.2.2 sub c (bij 'Ten Kate').

leden worden afgeweken.

Art. 7:227 is overbodig in de beperkte uitleg van het adagium 'koop breekt geen huur' en komt te vervallen.

### f.2. Toelichting

In bovenstaande redactie van art. 7:226 lid 1 is de oorspronkelijke ratio van het adagium 'koop breekt geen huur' neergelegd: een bestaand huurrecht kan niet aangetast worden door *latere* (goederenrechtelijke) handelingen van de verhuurder. Via de artikelen 3:8 en 3:98 BW worden ook *na* het huurrecht te vestigen beperkte rechten, alsmede een overdracht van die rechten bestreken.<sup>110</sup> Ook deze zijn niet tegenwerpbaar aan een eerder totstandgekomen, persoonlijk huurrecht. Een verderstreckende betekenis komt aan het adagium niet toe en behoort daaraan ook niet toe te komen. Ter vergelijking: de thans geldende, te ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW, tevens neergelegd in de door de wetgever voorgestelde versie van art. 7:226, schiet haar doel ver voorbij. In die uitleg en redactie wordt aan het 'koop breekt geen huur' in *alle* gevallen een 'overgang' van 'de' rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst vastgeknoopt, met alle in deze studie en ook elders beschreven gevolgen van dien.<sup>111</sup>

Het tweede lid van art. 7:226 Ontwerp BW vervalt. Daarmee wordt de onjuiste toepassing van de regel 'koop breekt geen huur' op *iedere* hypothecaire executie, in dit lid uitgesproken, geëlimineerd. Die toepassing is de verwoording of voortzetting van de te ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW, een interpretatie die leidt tot een inroepbaarheid van een *latere* verhuring jegens een hypotheekhouder. Om te bepalen dat de hypotheekhouder een *eerdere* verhuring moet respecteren is het vervallende tweede lid bovendien niet nodig; dit vloeit reeds voort uit het hier voorgestelde eerste lid van art. 7:226 Ontwerp BW (jo. art. 3:8 en art. 3:98 BW).

Het nieuwe lid 3 van art. 7:226 Ontwerp BW verijdt uitdrukkelijk - en wellicht ten overvloede, gezien het nieuwe lid 1 - de te ruime uitleg van het adagium 'koop breekt geen huur' en doet de regeling 'in de pas' lopen met bijvoorbeeld het beslagrecht, waar een na de beslaglegging verleend huurrecht evenmin inroepbaar is jegens de beslaglegger bij executie (vgl. bijv. art. 453a en 505 lid 2 Rv).

Art. 7:227 Ontwerp BW vervalt. Het is overbodig geworden, omdat hetgeen met dit artikel wordt beoogd - te bepalen dat een bestaand huurrecht niet kan worden aangetast door de vestiging van een beperkt recht -, is ondervangen door de hierboven voorgestelde redactie van art. 7:226 lid 1 Ontwerp BW. Het doel, door de wetgever met art. 7:227 nagestreefd, onderstreept de onjuistheid van de te ruime uitleg van de regel 'koop breekt geen huur'. Het artikel is een correctie die nodig wordt omdat er te ruim wordt uitgelegd: eerst wordt het wettelijk systeem doorbroken door het huidige lid 1 van art. 7:226; vervolgens moet art. 7:227 dit herstellen. De wetgever slaagt daarin overigens slechts zeer ten dele.<sup>112</sup>

### g. Art. 517 Rv

<sup>110</sup>Zie hierboven, onderdeel e.

<sup>111</sup>Zie hoofdstuk 7, en M.M. Asbreuk-van Os, WPNR 6386 (2000), p. 31-35, met reactie van R. Westrik en naschrift van M.M. Asbreuk-van Os, WPNR 6395 (2000), p. 214-217 resp. p. 217-218.

<sup>112</sup>Zie hoofdstuk 7.

De tekst van art. 517 Rv heeft geen aanpassing. Het tweede lid bestrijkt in de huidige redactie reeds latere goederenrechtelijke én persoonlijke rechten. Het moet gaan om rechten en beperkingen die niet kunnen worden ingeroepen tegen het recht van de belanghebbende (die vordert, dat in de veilingvoorwaarden wordt opgenomen dat de zaak wordt verkocht vrij van het te zijnen aanzien latere recht). De verwijzing naar art. 3:264 BW die in dit verband soms wordt aangetroffen<sup>113</sup>, is overbodig omdat het artikel in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW kan vervallen.

#### *h. Art. 518 Rv*

Art. 518 Rv heeft geen wijziging. De schuldeiser die ex art. 517 lid 2 Rv in de veilingvoorwaarden heeft doen opnemen, dat de zaak 'vrij van huur' verkocht dient te worden, ziet het latere huurrecht te zijnen aanzien vervallen ex art. 526 lid 2 Rv (nieuw). Voor gevallen waarin op enigerlei wijze zijn betere recht bij de verkoop niet in acht wordt genomen, staat hem de weg van art. 518 (jo. art. 538) Rv open: hij kan zich tegen die verkoop verzetten. Het verzet is alleen mogelijk indien het huurrecht tegen hem niet kon worden ingeroepen en hij eveneens recht op een onbezwaarde executie kan doen gelden. Met andere woorden: ook ten aanzien van de andere schuldeiser moet het gaan om een *later* totstandgekomen huurrecht. De verwijzing naar dit artikel door de wetgever met betrekking tot de materie van de beperkte rechten kan zonder meer ook het geval van een later huurrecht betreffen.<sup>114</sup>

#### *i. Art. 526 Rv*

##### *i.1. Tekst*

Art. 526 Rv wordt als volgt aangepast (de toevoeging is vetgedrukt):

1. Artikel 273 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek is van toepassing.
2. Op de in dat artikel aangegeven wijze vervallen ook beperkte **en andere** rechten die wel tegen de verkoper ingeroepen kunnen worden, indien de zaak vrij van deze rechten is verkocht overeenkomstig artikel 517, tweede lid.'

##### *i.2. Toelichting*

De strekking van het huidige art. 526 lid 2 Rv is om met betrekking tot beperkte rechten uitvoering te geven aan art. 517 lid 2 Rv: indien een andere schuldeiser dan de executant in de veilingvoorwaarden heeft doen opnemen, dat de zaak verkocht moet worden vrij van het beperkte recht dat niet tegen die andere schuldeiser kan worden ingeroepen, bepaalt art. 526 lid 2 Rv dat dat beperkte recht komt te vervallen. Het eerste lid van art. 526 Rv verklaart art.

---

<sup>113</sup>Zie bijvoorbeeld T&C Rv (Ex) Jongbloed, aant. 4 bij art. 517 Rv.

<sup>114</sup>Zie de verwijzing naar dit artikel (art. 520 Oud Rv), MvA II ad art. 3.9.4.19 (art. 3:273) BW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 838.

3:273 BW van toepassing.

In deze regeling past de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW zeer goed. De toevoeging 'en andere' in art. 526 lid 2 Rv strekt ertoe, de beperkte werking van art. 7A:1612 BW buiten twijfel te stellen: *latere* persoonlijke huurrechten worden *niet* door art. 7A:1612 BW beschermd tegen een hypotheekrecht dat al bestond ten tijde van de verhuring. Indien een huurrecht niet inroepbaar is tegen een dergelijk hypotheekrecht (verkregen door een andere schuldeiser dan de executerende hypotheekhouder), kan die andere schuldeiser/hypotheekhouder in de veilingvoorwaarden doen opnemen dat de zaak 'vrij van huur' verkocht dient te worden. Art. 526 lid 2 Rv dient daar bij aan te sluiten door te bepalen, dat ook dat huurrecht komt te vervallen.

De hier voorgestelde toevoeging 'en andere' in art. 526 lid 2 Rv brengt voorts mee, deels anders dan in de huidige regeling van art. 517 lid 2 jo. art. 526 lid 2 Rv het geval is<sup>115</sup>, dat ook andere dan beperkte rechten kunnen vervallen op verzoek van een niet-executerende schuldeiser. Te denken valt aan pachtrechten of kwalitatieve rechten die niet-inroepbaar zijn tegen de betreffende schuldeiser. Omtrent het eventuele vervallen van een kettingbeding kan het volgende opgemerkt worden. Met Mijnsen ben ik van mening dat een dergelijk beding, als obligatoire verplichting van de geëxecuteerde, niet-inroepbaar is tegen de executerende of enige andere schuldeiser.<sup>116</sup> Immers, een reden voor bijzondere bescherming van de gerechtigde uit het kettingbeding, zoals bijvoorbeeld art. 7A:1612 BW die biedt aan een bestaand huurrecht, is moeilijk te bedenken. Hetzelfde moet gelden, indien de executerende hypotheekhouder zelf geen belang heeft bij niet-oplegging van het kettingbeding in verband met de benodigde opbrengst van het te executeren goed. Immers, zoals Stein terecht opmerkt<sup>117</sup>, de executieopbrengst kan danig verminderen door de aanwezigheid van een kettingbeding; het niet-negeren van dat beding brengt mee, dat één (concurrente) crediteur, de stipulator van het beding, wordt bevoordeeld boven andere concurrente crediteuren. Dit zou een bevoordeling zijn waarvoor geen enkele rechtvaardiging aan te voeren is. Het staat de executant intussen vrij om het kettingbeding wél aan de koper op te leggen. Wanneer een andere schuldeiser dan de executant belang heeft bij niet-oplegging, kan deze de verkoop 'vrij van het kettingbeding' afdwingen via art. 517 lid 2 jo. art. 526 lid 2 Rv.<sup>118</sup>

#### *j. Art. 544 Rv*

---

<sup>115</sup>Het huidige art. 517 lid 2 Rv lijkt andere dan beperkte rechten nog te bestrijken, sprekende van verkoop van de zaak 'vrij van daarop rustende rechten'. Art. 526 lid 2 Rv echter verwijst naar art. 3:273 BW en beperkt dientengevolge het 'van rechtswege' vervallen tot beperkte rechten. Vgl. Vademecum Burgerlijk Procesrecht (Executie en beslag), (18)-115, noot 2. Niet duidelijk is dan ook, hoe Jongbloed (T&C Rv (Ex) Jongbloed, aant. 3 bij art. 526 Rv) ter verduidelijking van '(andere) beperkte rechten' die vervallen conform art. 3:273 BW, komt te verwijzen naar '(...) beperkingen uit een obligatoire overeenkomst, zoals huur (art. 3:264 BW), pacht of een kwalitatieve verplichting ex artikel 252 van Boek 6 BW.'

<sup>116</sup>Mijnsen (1983), p. 32-33; *dezelfde* (1992), p. 22-23, 50-53. Zie in dezelfde zin bijv. De Liagre Böhl/Kist (1983), p. 70-78; P.A. Stein (1986), p. 55-56; Gerver (1994), p. 107.

<sup>117</sup>A.w., p. 56.

<sup>118</sup>Zie over de discussie aangaande het kettingbeding bij executie ook (de literatuur genoemd bij) De Liagre Böhl/Kist (1983), p. 76-77; W.M. Kleijn, in: Goed en Trouw (1984), p. 437-443; Smalbraak-Davids (1988), nr. 87 en Mon. Nieuw BW B-12b (Huijgen), p. 59-60.

*j.1. Tekst*

Het eerste lid van art. 544 Rv dient in de navolgende zin aangepast te worden (de aanpassing is vetgedrukt):

De hypotheekhouder is verplicht de executie te doen inleiden door een aanzegging daarvan of van de in artikel 509 bedoelde overneming aan de hypotheekgever, de schuldenaar en hen van wier recht of beslag uit de registers blijkt en wier recht door de executorialie verkoop zal tenietgaan of vervallen, **alsmede aan hen wier huur- of pachtrecht door de executie zal vervallen.**<sup>1</sup>

Het tweede en derde lid van art. 544 Rv behoeven geen wijziging.

*j.2. Toelichting*

In art. 544 Rv worden de voorwaarden voor de executie door een hypotheekhouder behandeld. De aanpassing van het eerste lid is nodig in verband met het vervallen - van rechtswege en in beginsel<sup>119</sup> - van het latere huurrecht door de executie.

*k. Art. 549 Rv*

In verband met het opnemen van de verlofregeling in art. 3:273 BW dient art. 549 Rv aangepast te worden. De eerste twee leden van het artikel komen te luiden (de aanpassingen zijn vetgedrukt):

Een verzoekschrift van de hypotheekhouder tot het verkrijgen van het verlof, bedoeld in artikel 273 lid 2 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, kan, behalve door een procureur, ook door een notaris worden ingediend, in welk geval diens kantoor als gekozen woonplaats van de verzoeker geldt. Bij het verzoekschrift wordt overgelegd een niet langer dan één maand tevoren aan de huurder of, als de woonruimte in zijn plaats door een onderhuurder wordt bewoond, aan de onderhuurder door een deurwaarder uitgebracht exploit waarbij:

- a. aan de huurder of onderhuurder wordt betekend de aanzegging of de overneming van de executie door de hypotheekhouder bedoeld in artikel 544;
- b. aan de huurder of onderhuurder wordt aangezegd dat **het huurrecht niet tegen de hypotheekhouder kan worden ingeroepen en, behoudens weigering van het verlof bedoeld in artikel 273 lid 2 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en/of de toepasselijkheid van lid 3 van dit artikel 273, zal komen te vervallen.**

Art. 549 lid 2 Rv blijft ongewijzigd. Art. 549 lid 3 Rv komt te vervallen, omdat de overgang van de rechten uit de beschikking waarbij het verlof is verleend, reeds is opgenomen in art. 3:273 lid 2 BW (nieuw). Art. 549 lid 4 Rv wordt vernummerd tot art. 549 lid 3 Rv.

*10.3.3. Uitwerking van de beperkte uitleg voor de hypotheekhouder*

*A. Algemeen*

---

<sup>119</sup>Zie hierboven, onderdeel c.



In het huidige recht zal de hypotheekhouder in de veilingvoorwaarden vrijwel steeds formeel een beroep op het huurbeding (moeten) doen. Of het daarmee ook tot een daadwerkelijke verwijdering van de huurder zal komen, is echter niet zeker: wellicht immers is er uiteindelijk geen noodzaak tot verwijdering, of wil de koper het pand juist in verhuurde staat verwerven.

Dit resultaat wordt eenvoudiger bereikt in een beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW. De weg die bewandeld moet worden wanneer een hypotheekhouder een verhypothekerd goed in onverhuurde staat wil veilen ziet er in die uitleg *in beginsel* als volgt uit (in beginsel, omdat de regeling van voorafgaand verlot van de rechtbankpresident bij woonruimte ex art. 7A:16-23a-1623f BW gehandhaafd dient te blijven<sup>120</sup>).

De hypotheekhouder biedt het verbonden goed ter verkoop aan. Dit impliceert in beginsel een verkoop in de rechtstoestand waarin het verbonden goed zich bevond ten tijde van de hypotheekvestiging. Art. 3:273 lid 1 BW (nieuw) brengt mee, dat het huurrecht van rechtswege vervalt door de executie, tenzij besloten wordt tot een verkoop in verhuurde staat (zie hierboven, art. 3:273 lid 3 BW (nieuw)).

Wordt het goed in onverhuurde staat verkocht, dan dient de koper dit ter uitvoering van de koop onverhuurd geleverd te krijgen. Na de levering verblijft een eventueel nog in het pand aanwezige huurder - jegens de hypotheekhouder en diens koper - daarin zonder recht of titel.<sup>121</sup> De grondslag van de voorrang van de hypotheekhouder is het beginsel, dat aan bestaande goederenrechtelijke rechten geen afbreuk gedaan kan worden door de vestiging of verlening van latere rechten. Dit beginsel is een uitdrukking van de indeling in goederen- en verbintenisrecht (zie hierboven, 10.2.2). Het gepubliceerde hypotheekrecht kan nu aangevoerd worden als grond voor een eventuele ontruiming van de huurder door de hypotheekhouder. Een eventuele ontruiming door de koper wordt gefundeerd op diens eigendomsrecht; hij kocht het goed 'vrij van huur' en kreeg dienovereenkomstig geleverd. Gaat de koper niet binnen één maand na de levering of na de termijn, door de president van de rechtbank gesteld voor ontruiming, daadwerkelijk over tot die ontruiming, dan is art. 3:273 lid 3 derde zin BW (nieuw) van toepassing; de huurovereenkomst wordt dan geacht integraal te zijn overgegaan op de nieuwe eigenaar. De moeilijkheid die bestaat in het huidige recht, dat de huurder beschermd wordt terwijl hij zich nog niet in het gehuurde bevindt<sup>122</sup>, kan zich in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW (de situatie 'huur-na-hypotheek') niet voordoen: het latere huurrecht vervalt met de executie en wanneer de huurder zich nog niet in het gehuurde bevindt, hoeft er niet(s) ontruimd te worden.

Omtrent het verblijf zonder recht of titel van de huurder moet in dit verband nog het volgende worden opgemerkt. Voor hierboven genoemde grondslag van de voorrang van de hypotheekhouder in de situatie 'huur-na-hypotheek' werd (mede) de publicatie van het hypotheekrecht aangevoerd. Dit mag op het eerste gezicht onredelijk schijnen gezien het tot nu toe in brede kring uitgesproken gevoelen<sup>123</sup>, dat vrijwel geen huurder naar de openbare registers zal gaan om een eventuele hypothecaire belasting van het te huren pand te onderzoeken. Eerder is echter de (grote) betrekkelijkheid van die stelling al aangegeven.<sup>124</sup> Op deze plaats kan

<sup>120</sup>Zie hierboven, par. 10.3.1 en 10.3.2, onder c.2.

<sup>121</sup>Vgl. bijv. Roes, diss., p. 120-122; R.A. Dozy, WPNR 5967 (1990), p. 430, bij noot 8 (met literatuurverwijzingen); Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht (1994), nr. 206 en 372. Zie ook hiervoor, hoofdstuk 4, par. 4.3 en 4.4.

<sup>122</sup>Zie hoofdstuk 5.

<sup>123</sup>Zie hoofdstuk 9, par. 9.6.2.

<sup>124</sup>Zie hoofdstuk 9, par. 9.6.2.

daaraan worden toegevoegd, dat de huidige regeling van art. 3:264 BW voor de huurder zeker niet minder 'onredelijk' is. Immers, wanneer thans een huurder een pand wil gaan huren en dat pand blijkt reeds te zijn verhypothecerd, dan is in de betreffende hypotheekakte vrijwel zeker een huurbeding opgenomen. De huurder zal de registers vrijwel even zeker niet raadplegen, maar kan niettemin met een ontruiming op grond van het huurbeding worden geconfronteerd. Met andere woorden, aan het feit van niet-raadpleging van de openbare registers alvorens te gaan huren, is voor de huurder ook in het huidige recht geen enkele positieve consequentie verbonden.

*B. De procedure bij executie (uitoefening van het hypotheekrecht en ontruiming)*

De procedure bij een executie door de hypotheekhouder ziet er in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW als volgt uit (de aanduiding 'nieuw' bij wetsartikelen verwijst naar de hierboven, onder 10.3.2 voorgestelde gewijzigde artikelen).

1. De hypotheekhouder leidt de executie in door een exploit van aanzegging of overnemings van de executie (art. 544 Rv (nieuw)). Het exploit wordt óók aan eventuele huurders (van bedrijfs- en/of woonruimte) gericht, wier recht niet tegen de hypotheekhouder kan worden ingeroepen. Met de verkoop komt het recht van de huurder ten opzichte van de hypotheekhouder in beginsel te vervallen.  
Latere beperkt gerechtigden, waaronder hypotheekhouders, en andere schuldeisers die het goed verkocht willen zien vrij van rechten en beperkingen die *tegen hen* niet kunnen worden ingeroepen, kunnen zulks doen opnemen in de veilingvoorwaarden (art. 517 lid 2 jo. art. 526 lid 2 Rv). Aldus kunnen zij een recht op een onbezwaarde executie doen gelden.
2. Indien het gaat om huur van woonruimte als bedoeld in de art. 7A:1623a-1623f BW, dient de hypotheekhouder een verzoek tot vervallenverklaring van de huur te richten aan de president van de rechtbank (art. 3:273 lid 2 BW (nieuw)). Bij dit verzoek moet worden overgelegd het eerder aan de huurder uitgebrachte exploit, waarbij tevens is bekendgemaakt dat de hypotheekhouder het huurrecht in beginsel niet zal respecteren en dat verval van het huurrecht het gevolg zal zijn (vgl. thans art. 549 lid 1 sub a en b Rv).
3. Wordt het verzoek van de president van de rechtbank verkregen, dan kan de executie-ale verkoop 'vrij van huur' volgen.
4. Bij vervallen van het huurrecht komt de vergoedingsregeling van art. 3:282 (nieuw) BW te gelden.
5. De hypotheekhouder kan het van de te verwachten opbrengst en de bedoeling van de uiteindelijke koper laten afhangen óf de huurovereenkomst daadwerkelijk als vervallen beschouwd moet worden en (eventueel) tot ontruiming moet worden overgegaan.
6. Voor de gevallen dat een koper het pand in verhuurde staat wil verwerven, geldt art. 3:273 lid 3 BW (nieuw).
7. Indien de koper het pand in overhuurde staat wil verwerven, koopt hij 'vrij van huur'. Dit wordt uitdrukkelijk bepaald in de koopovereenkomst. De koop wordt gevolgd door een levering 'vrij van huur'. Op grond van de eigendom van een onverhuurd pand kan de koper nu tot ontruiming overgaan. Hij heeft daartoe een executoriale titel nodig.

*10.3.4. Uitwerking van de beperkte uitleg voor de koper*

Twee belangrijke onduidelijkheden voor de koper onder het huidige recht behoren in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW tot het verleden. De eerste betreft de rechtspositie van de koper, en met name de vraag of aan hem een zelfstandig beroep op het huurbeding zou moeten toekomen.<sup>125</sup> Een tweede onduidelijkheid in het huidige recht omtrent het huurbeding bestaat in de vraag, welke de juridische grondslag is van het recht van de koper om de huurder te verwijderen. Over beide een nadere opmerking.

#### *A. De rechtspositie van de koper*

De vraag of aan de koper een zelfstandig beroep op het huurbeding zou moeten toekomen, beantwoordt de wetgever van art. 3:264 lid 1 BW ontkennend (de bevoegdheid van de koper is een afgeleide van die van de hypotheekhouder). In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW komt men aan de vraag in het geheel niet toe. Aan de koper wordt verhuurd of onverhuurd verkocht, al naar gelang diens wens (behoudens andersluidende, alsdan reeds bestaande afspraken tussen hypotheekhouder en hypotheekgever, zie hiervoor, paragraaf 10.3.2, onderdeel c.2). Daarbij geldt dat de hypotheekhouder het goed aanbiedt in verhuurde óf onverhuurde staat, zulks ter keuze van de koper. Op dit aanbod stemt de koper zijn bod af. Ter vergelijking: in het huidige recht moet hetzelfde resultaat bereikt worden doordat de hypotheekhouder de 'uitoefening' van het huurbeding in de verkoopvoorwaarden aan de koper overlaat (art. 3:264 lid 1 BW). Die koper zal op het moment van opstellen van de veilingvoorwaarden echter in de meeste gevallen nog niet bekend zijn. De hypotheekhouder doet derhalve pro forma een beroep op het huurbeding in de veilingvoorwaarden, ofwel, hij behoudt zich beide mogelijkheden voor: verkoop in onverhuurde of in verhuurde staat.

Koopt een koper het goed in onverhuurde staat, dan dient hij dit in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW ook als zodanig geleverd te krijgen. In zijn eigendomsrecht - hij is eigenaar van een onverhuurd goed - heeft hij dan een zelfstandige bevoegdheid om tegen een huurder op te treden. De laatste zit immers door de verkoop 'onverhuurd' jegens de hypotheekhouder zonder recht of titel in het pand.<sup>126</sup> De hypotheekhouder kan het pand in onverhuurde staat verkopen en leveren.

Beschouwt men de verhouding tussen de koper en de verkoper/hypotheekhouder aldus als één van vraag en aanbod, dan kan ook niet worden volgehouden dat aan de behoeften van het maatschappelijk verkeer niet zou zijn voldaan indien de koper niet een zelfstandig beroep op het huurbeding zou hebben.<sup>127</sup> Immers, niet alleen aan de vraag of de koper een zelfstandig beroep op het huurbeding zou moeten hebben komt men niet toe, maar ook niet aan het argument voor een dergelijk zelfstandig beroep. Dat argument luidt: bij voldoende overwaarde van het goed zal een beroep op het huurbeding door de hypotheekhouder veelal achterwege blijven;

Ontzegt men dan de koper de bevoegdheid tegen de huurder op te treden, dan zal dus in vele gevallen het voorschrift niet op bevredigende wijze in de behoeften van het maatschappelijk verkeer blijken te voorzien. Andere gerechtigden op de opbrengst zouden van een lagere opbrengst - aangenomen dat een onverhuurd of onverpacht onderpand bij verkoop meer zal opleveren - de dupe kunnen wor-

<sup>125</sup>Vgl. bijv. Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 263. Zie ook hiervoor, hoofdstuk 4, par. 4.2 t/m 4.4.

<sup>126</sup>Zie hiervoor, par. 10.3.3.

<sup>127</sup>Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), nr. 263.

den.<sup>128</sup>

Het argument zou hout snijden, wanneer een koper die een *onverhuurd* pand wil hebben, een *verhuurd* pand koopt van een hypotheekhouder die het (standaard-) beroep op het beding in de veilingvoorwaarden niet heeft gedaan. Indien een dergelijk geval zich zou voordoen, ligt het echter voor de hand te stellen dat de koper had kunnen weten waar hij aan begon. De hypotheekhouder heeft een *verhuurd* pand te koop aangeboden en verkocht. Wanneer de koper ná de koop vervolgens het pand *onverhuurd* geleverd wil krijgen, of na die levering (in verhuurde staat) het pand wil ontruimen, is het wat gewrongen om de problemen die voor hem ontstaan te wijten aan een niet goed functioneren van het huurbeding. De oorzaak van de problemen ligt immers in het bestaan van het huurbeding van art. 3:264 als gevolg van de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, een uitleg waarvoor geen rechtvaardiging is aan te voeren.

#### *B. De grondslag van het ontruimingsrecht van de koper*

De tweede onduidelijkheid in het huidige recht omtrent het huurbeding betreft de vraag naar de juridische grondslag van het recht van de koper om de huurder te verwijderen. Voor de verkoop van verhuurde woonruimte in de zin van art. 7A:1623a-1623f BW heeft de wetgever die vraag thans beantwoord in de artikelen 3:264 lid 6 BW jo. art. 549 lid 3 Rv. Betreft de verkoop echter andere dan bedoelde (woon)ruimte, dan geldt zij onverkort. In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW is ook deze vraag niet langer aan de orde; de koper kan op grond van zijn eigendomsrecht ageren.<sup>129</sup>

#### *C. Conclusie*

Concluderend: in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW wordt teruggegaan naar een normale situatie van vraag en aanbod: afhankelijk van de wens van de koper verkoopt een hypotheekhouder wel of niet verhuurd (indien zijn hypotheekrecht ouder is dan het huurrecht). Het belang van de hypotheekhouder is het goed zodanig te veilen, dat zijn vordering (zo goed mogelijk) wordt voldaan. Totdat zich een koper meldt, heeft hij de mogelijkheid om het pand in verhuurde of in onverhuurde staat te verkopen. Op deze wijze zal hij alle mogelijke kopers kunnen bereiken. In het huidige recht moet zulks bereikt worden door een pro forma-beroep op het huurbeding in de veilingvoorwaarden.

#### *10.3.5. Uitwerking van de beperkte uitleg voor de huurder*

Voor de huurder brengt de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW slechts veranderingen ten goede met zich. In de eerste plaats wordt er niet langer, zoals in het huidige recht, impliciet de *onjuiste* indruk gewekt dat zijn rechtspositie *altijd* gewaarborgd is indien hij met een executie door een hypotheekhouder wordt geconfronteerd. In de praktijk is er immers zelden sprake van een gewaarborgde rechtspositie zodra de huurder te maken krijgt met een ouder gerechtigde hypotheekhouder die geen schriftelijke toestemming voor de verhuur heeft gegeven. Standaard zal er een huurbeding in de betreffende hypotheekakte zijn opgenomen, en bij

<sup>128</sup> Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994), t.a.p.

<sup>129</sup> Zie ook het hieronder in par. 10.5.20 betoogde.

inroeping van dit beding is de huurder zijn huurrecht en zijn onderkomen kwijt. In de tweede plaats komt er een einde aan de onduidelijkheden zoals onder meer in de hoofdstukken 2 tot en met 7 zijn beschreven en komt de daaruit ook voor de huurder voortvloeiende rechtsonzekerheid te vervallen.

Voor het overige brengt de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW geen wijzigingen voor de huurder. In het bestaande systeem gaat hij in de regel bij het sluiten van een huurovereenkomst niet naar de registers om te zien of het te huren pand is verhypothecerd; hij zal dan ook zelden weten of hem met betrekking tot dit pand wellicht een huurbeding boven het hoofd hangt.<sup>130</sup> In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW zal dit niet anders zijn. Immers, dan veilt de hypotheekhouder het goed zoals het hem werd verbonden (onverhuurd). In beide gevallen - systeem huurbeding, beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW - kan de huurder met een executerende hypotheekhouder worden geconfronteerd en zijn huurrecht verliezen. In beide gevallen moet dit verlies aan een preventieve toetsing door de president van de rechtbank worden onderworpen, wanneer het om woonruimte gaat in de zin van de artikelen 7A:1623a-1623f BW. De verworvenheden voor de huurder die in 1992 zijn ingevoerd, waaronder de vergoedingsregeling bij vervallen van zijn huurrecht, kunnen en dienen voorts behouden (te) blijven.<sup>131</sup>

#### 10.4. Bezwaren tegen het verval van het huurbeding?

Tegen afschaffing van het huurbeding zijn na 1970 - al dan niet naar aanleiding van enkele uitingen in die richting<sup>132</sup> - diverse bezwaren aangevoerd. Deze komen vrijwel steeds neer op de volgende redenering: verval van het huurbeding leidt tot aantasting van de zekerheid voor een hypotheekhouder, omdat de hypotheekhouder *dan zonder ontsnappingsmogelijkheid* huurrechten die ná de vestiging van zijn hypotheekrecht werden verleend, moet respecteren. Dat de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW ten grondslag ligt aan deze redenering, behoeft geen betoog. In essentie is de te ruime uitleg hiermee het uitgangspunt in de bezwaren. Reeds dientengevolge kunnen zij niet gelden als argument tegen de in deze studie verdedigde beperkte uitleg van het artikel.

De weergegeven redenering wordt soms in deze vorm aangetroffen.<sup>133</sup> Andere keren wordt

<sup>130</sup>A.H.M. Santen, in: *Recht zo die gaat* (1976), p. 114-115, stelt dat een makelaar, rentmeester of notaris die bij de totstandkoming van de huurovereenkomst bemiddelt, de huurder op het verhypothecerd zijn en/of het bestaan van een huurbeding moet wijzen. Indien zij dit nalaten zal er jegens de huurder aansprakelijkheid bestaan voor schade tengevolge van ontruiming.

<sup>131</sup>Zie hierboven, par. 10.3.1 en 10.3.2.

<sup>132</sup>Enkele malen is betoogd, dat het huurbeding geschrapt zou dienen te worden. Op systematische (en juiste) gronden kwam Roes in 1970 tot deze conclusie voor het - toen - Ontwerp BW (Roes, diss., p. 106-109. Zie ook hiervoor, hoofdstuk 9, par. 9.10). Andere redenen voerde Blaisse aan in 1981 (F.B. Blaisse, NJB 1981/13, p. 342): de 'verzakelijke' werking van het huurbeding gaat in tegen de algemene regel dat een overeenkomst slechts verplichtingen schept tussen de partijen die haar aangaan, en: door 'dit in een hoekje verborgen bedingetje' wordt de wettelijke huurdersbescherming opzij geschoven, omdat de eerste hypotheekhouder bij inroeping van het huurbeding ervan uitgaat, dat het te executeren pand vrij van huur verkocht kan worden.

<sup>133</sup>Zie bijvoorbeeld TK 1977-1978, Aanhangsel, p. 1610; P. Rodenburg, NJB 1981/25, p. 643 l.k. (Ad I); P.A. Stein, NJB 1981/25, p. 659-660 en WPNR 5735 (1985), p. 266 r.k.; P. Rodenburg en J.W.M. Russell, WPNR 5705 (1984), p. 440.

een argument aangevoerd dat erop is gebaseerd. Dan ligt de nadruk namelijk op het negatieve gevolg dat afschaffing van het huurbeding zou hebben voor de beschikbaarstelling van hypotheecair krediet en daarmee voor de financierbaarheid van woningen, als ook voor het verlenen van gemeentegaranties voor hypotheecaire kredieten.<sup>134</sup>

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW komt het genoemde argument te vervallen, omdat het gegrond is op de te ruime uitleg van het artikel (de hypotheekhouder moet zonder huurbeding latere verhuringen respecteren). Bovendien wordt het tegendeel waarschijnlijk: een beperkte uitleg, met als gevolg overbodigheid van het huurbeding en de daarmee samenhangende complicaties, kan juist een *grotere* financierbaarheid van woningen tot gevolg hebben.<sup>135</sup>

Een ander bezwaar tegen afschaffing van het huurbeding is naar voren gebracht met het oog op het wel verdedigde uitgangspunt, dat een 'normale' verhuring tegenwerpbaar zou zijn aan een reeds bestaand hypotheekrecht. Slechts wanneer een huurbeding is gemaakt, kan de huur aan de hypotheekhouder niet worden tegengeworpen; het huurbedingartikel is dus geenszins overbodig, zo wordt dan gesteld.<sup>136</sup> Deze benadering hinkt echter op twee gedachten. De eerste en onjuiste gedachte is: een beschikkingshandeling als verhypothekering kan aan een 'normale' verhuur niet in de weg staan, omdat de verhuur een rechtshandeling is die de hypotheekgever *bevoegd* kan verrichten, ook ná verhypothekering en ook indien een huurbeding is gemaakt.<sup>137</sup> Anders geformuleerd: verhuur onttrekt zich aan het beginsel, dat aan bestaande goederenrechtelijke rechten geen afbreuk gedaan kan worden door de totstandkoming van nieuwe (goederenrechtelijke) rechten, omdat het huurrecht een persoonlijk recht is en het beginsel alleen voor het goederenrecht zou gelden. Dat deze benadering niet strookt met het algemeen vermogensrechtelijke karakter van het beginsel en dus onjuist is, is hiervoor, in paragraaf 10.2.2 beschreven. De tweede gedachte is: wanneer de hypotheekhouder een huurbeding heeft doen opnemen, is de verhuring ten aanzien van hem onbevoegd, althans door hem aan te tasten. De 'bevoegde' verhuring door de hypotheekgever levert alsdan jegens de hypotheekhouder op zijn minst een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie) op. Hoe dit uit te leggen aan de huurder, die huurt van 'een tot verhuur bevoegde'?<sup>138</sup> Hoe kan één handeling tegelijk onbevoegd en bevoegd worden verricht?

<sup>134</sup>TK 1977-1978, Aanhangsel, p. 1610; P. Rodenburg, NJB 1981/25, p. 643 l.k.; J.E. Fesevur, Kw.ber. Nieuw BW 1984/0, p. 9; P.A. Stein, t.a.p.. Vgl. ook M.J.W. van Ingen, WPNR 6193 (1995), p. 593, met reactie van W.H.G.A. Filott en naschrift van M.J.W. van Ingen, WPNR 6212 (1996), p. 126-127 resp. p. 127; R.L. Albers-Dingemans (1998), p. 22-23.

<sup>135</sup>Zie in dezelfde zin Roes, WPNR 5173 (1976), p. 222.

<sup>136</sup>In deze zin bijv. H.P.J.M. Coebergh, WPNR 5351 (1976), p. 349. Vgl. tevens de opvatting 'verhuur is beheer', besproken in hoofdstuk 9, par. 9.13.

<sup>137</sup>J.J.A. de Groot, WPNR 5340 (1976), p. 166 r.k. betoogt zelfs, dat een huurder rechtsgeldig een huurovereenkomst met een eigenaar kan aangaan, ook al is de huurder van het huurbeding op de hoogte, 'omdat B (de huurder, RW) ervan uit kan gaan, dat A (de verhuurder, RW) zich als een goed debiteur zal gedragen en een beroep op het beding niet zal worden gedaan.' (cursivering RW). Een wel zeer wonderlijke grondslag voor 'rechtsgeldigheid' van de huurovereenkomst, vooral wanneer de hypotheekhouder onverhoopt ineens wèl het huurbeding inroept!

<sup>138</sup>Zie voor verdere bezwaren tegen deze opvatting hoofdstuk 9, par. 9.13.

Voorts is er met betrekking tot een eventuele afschaffing van het huurbeding gewezen op problemen van overgangsrecht.<sup>139</sup> Dergelijke problemen zijn bij een aanname van de beperkte uitleg echter niet te verwachten. In deze en voorgaande paragrafen is reeds aangegeven, dat de rechtsposities van huurder en hypotheekhouder in essentie niet veranderen (maar wel verbeteren omdat de vragen en onduidelijkheden komen te vervallen). Het is dus uitdrukkelijk *niet* zo, dat in de beperkte uitleg 'de hypotheekbanken' beter, en de huurders slechter af zouden zijn. Slechts de omweg van de te ruime uitleg en, daarop volgend, de complicaties rond het huurbeding worden vermeden.

### 10.5. De in hoofdstuk 2 tot en met 7 besproken problemen herbezien

In de hoofdstukken 2 tot en met 7 bleek, dat de moeilijkheden en onduidelijkheden die bestaan rond art. 3:264 BW alle te herleiden zijn tot de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. In dit afsluitende hoofdstuk, waarin de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW wordt uitgewerkt, dient nagegaan te worden of in die uitleg de bedoelde problemen inderdaad tot het verleden behoren. Hieronder zal een toetsing per paragraaf uit de bedoelde hoofdstukken plaatsvinden.

#### 10.5.1. De bestaansreden van art. 3:264 BW (Hoofdstuk 2, paragraaf 2.2)

In paragraaf 2.2 van hoofdstuk 2 werd duidelijk dat de enkele dreiging van een toepasselijk zijn van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek' al voldoende is om een huurbeding te rechtvaardigen. Anders gezegd: een hypotheekhouder kan - en zal - met het oog op de twijfel omtrent werking, functie en noodzaak van art. 3:264 BW en de daaruit voortvloeiende rechts-onzekerheid maar beter een huurbeding in de (iedere) hypotheekakte opnemen.<sup>140</sup>

Inmiddels, na het in de hoofdstukken 8 en 9 verrichte onderzoek naar de algemeen veronderstelde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de situatie 'huur-na-hypotheek', kan gesteld worden dat die toepasselijkheid onjuist en zonder grondslag of reden wordt aangehangen. Voor de opname van een huurbeding in een hypotheekakte blijft daarmee maar één reden over: de ongefundeerde angst dat art. 7A:1612 BW ook ziet op de situatie 'huur-na-hypotheek'.

De beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW kan die angst wegnemen: wordt dit artikel geacht *niet* de huurrechten te bestrijken die ná de vestiging van een hypotheekrecht worden verleend, dan is de vervangende 'zekerheid' van een artikel als 3:264 BW niet nodig.

#### 10.5.2. De bevoegdheid van de hypotheekgever (Hoofdstuk 2, paragraaf 2.3)

Wanneer een hypotheekrecht met daarin opgenomen een huurbeding is gevestigd, bestaat er in het huidige recht onzekerheid omtrent:

<sup>139</sup>P. Rodenburg, NJB 1981/25, p. 643, signaleert dergelijke problemen, reagerend op het betoog van F.B. Blaisse, hiervoor bij noot 132 aangehaald. Blaisse staat echter eenzijdige schrapping van het huurbeding voor in het belang van de huurder, dus met een gelijkblijvende en niet langer corrigeerbare, te ruime werking van art. 7A:1612 BW.

<sup>140</sup>Vgl. in deze zin A.R. de Bruijn, RM Themis 1961, p. 111.

- de bevoegdheid van de eigenaar-hypothekgever om te verhuren;
- de eventuele rechten die de hypotheekhouder aan het huurbeding zou ontlenuen.

In paragraaf 2.3 van hoofdstuk 2 bleek, dat één en ander enkel speelt indien er wordt verhuurd in strijd met het huurbeding, dus in de situatie 'huur-na-hypothek'. Op die plaats werd ook duidelijk, dat de onzekerheid voortkomt uit het kennelijke streven om met art. 3:264 BW de onevenwichtige situatie te herstellen die ontstaat door de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW.

Gezien de laatste constatering ligt de gevolgtrekking voor de hand, dat de problematiek niet langer bestaat indien art. 7A:1612 BW beperkt wordt uitgelegd. In dat geval namelijk kan aan een eenmaal gevestigd hypothekrecht geen afbreuk gedaan worden door een latere verhuring. De eigenaar-hypothekgever is bevoegd om na de verhypothekering te verhuren, zo goed als hij op het hypothecair verbonden goed een recht van erfpacht kan vestigen. Het latere recht kan echter, anders dan onder het huidige recht, *niet* tegen het bestaande hypothekrecht worden ingeroepen. Aan enige interpretatie van art. 3:264 BW, waaronder begrepen de bovenstaande onduidelijkheden, komt men nu niet toe omdat het artikel als zodanig overbodig is.

### 10.5.3. Vooruitbetaling van huur- of pachtpenningen (Hoofdstuk 2, paragraaf 2.4)

Naar huidig recht wordt een vooruitbetaling van huurvorderingen geacht inroepbaar te zijn tegen een voordien reeds gevestigd hypothekrecht. Door deze aanname ontstaan de in paragraaf 2.4 van hoofdstuk 2 besproken problemen. In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW daarentegen is dit artikel niet van toepassing op de situatie 'huur-na-hypothek', en kunnen *latere* verhuringen niet tegen een hypotheekhouder worden ingeroepen. Een eventueel bestaande huurverhouding moet hij alleen respecteren zoals deze bestaat op het moment van hypothekvestiging. Een vooruitbetaling van huurpenningen ná de hypothekvestiging deert hem niet, want de eigenaar-hypothekgever kan *niet ten nadele* van het gevestigde hypothekrecht over het verbonden goed beschikken of andersoortige rechtshandelingen verrichten (zie over de verhuur op gelijke voorwaarden ná hypothekvestiging hierboven, paragraaf 10.3.2 sub a). Let wel: zolang huurvorderingen nog niet opeisbaar, dus nog toekomstig zijn, behoren zij tot het hypothecair verbonden goed. De artikelen 3:9 lid 4 en 3:227 lid 2 BW dienen en kunnen letterlijk gelezen (te) worden: nog niet-opeisbare burgerlijke vruchten zijn geen zelfstandige rechten (zie nader hieronder, paragraaf 10.5.6).

Verschilt dit resultaat nu van de regeling in het huidige recht met het huurbeding? Het antwoord is ontkennend voor wat betreft het oogmerk of doel van de beide benaderingen: veiligstelling of handhaving van het hypothekrecht. In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW verkrijgt de hypotheekhouder een hypothekrecht op het goed in de juridische staat waarin het zich bevindt ten tijde van de hypothekvestiging; dit hypothekrecht kan niet door latere rechtshandelingen worden aangetast. In de huurbedingregeling moet de hypotheekhouder om dit te bereiken een beroep op art. 3:264 BW doen.

Het antwoord is bevestigend indien de negatieve bijwerkingen van de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW en de - daardoor noodzakelijke - correctie van art. 3:264 BW in ogenschouw worden genomen: deze verdwijnen. In de beperkte uitleg behoeft er voor de situatie 'huur-na-hypothek' niet meer te worden gestreden over de vraag in welke rechten en verplichtingen de verkrijger van het verhuurde goed treedt ex art. 7A:1612 BW.<sup>141</sup> Het verhypothek-

<sup>141</sup>Zie hierover Asser-Abas (HUUR) 5-II, nr. 95.



keerde goed kan immers vrij van huur verkocht en geleverd worden. Ook komt er een einde aan de onduidelijkheid in deze situatie omtrent de vraag, of een beroep door de hypotheekhouder op het verbod tot vooruitbetaling alléén - dat wil zeggen: niet een beroep op het in het huurbeding opgenomen verbod tot latere verhuur als zodanig - een erkenning van de latere huurverhouding inhoudt. In dat geval namelijk kan men zich afvragen wat het nut is van de mogelijkheid om bij huurbeding de vooruitbetaling van huurpenningen te verbieden: de huurder zal zich (kunnen) beroepen op de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, inhoudende dat de afspraak omtrent de vooruitbetaling, als rechtstreeks betrekking hebbende op de huurverhouding, behoort tot de huurverhouding die krachtens art. 7A:1612 BW op de koper overgaat. In de situatie 'hypotheek-na-huur' gaat tot het verleden behoren de tegenstrijdigheid tussen een inroepbaar huurbeding (waarin de vooruitbetaling van huurpenningen werd verboden) en de genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad (die tot gevolg heeft dat de vooruitbetaling-na-hypotheekvestiging, als behorende tot de huurverhouding, wél tegen de hypotheekhouder kan worden ingeroepen). Ook hier geldt, dat de hypotheekhouder het verbonden goed kan veilen in de (rechts)toestand waarin hij het verkreeg. Hieronder zal één en ander nader worden uitgewerkt. Tenslotte: de rechtsonzekerheid die in het huidige recht voor alle betrokken partijen bestaat, verdwijnt in de beperkte uitleg.

#### *10.5.4. De toestemming van de hypotheekhouder (Hoofdstuk 2, paragraaf 2.5)*

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW is de 'toestemming' die door art. 3:264 lid 1 BW wordt opgevoerd, overbodig. Een latere verhuring kan de hypotheekhouder immers niet deren; hij heeft geen behoefte aan een beperking van de verhuurbevoegdheid bij het huurbeding. Voor een latere verhuring hoeft hij geen toestemming te verlenen.

De naar huidig recht bestaande onduidelijkheid en onzekerheid rond de toestemming van de hypotheekhouder, in paragraaf 2.5 van hoofdstuk 2 besproken, komen daarmee te vervallen. De hypotheekhouder kan gerust 'stilzitten' en zal bij executie de latere huur in beginsel kunnen negeren (behoudens eventuele correcties in verband met een onnodige beëindiging van het huurrecht). Aan 'stilzwijgend gedogen' door de hypotheekhouder van de latere huur kan geen betekenis worden toegekend, zolang de hypotheekhouder niet uitdrukkelijk akkoord is gegaan met latere verhuur.

Dit resultaat is in zekere zin identiek aan dat van het huidige systeem mét een gemaakt huurbeding: de hypotheekhouder kan stilzitten, terwijl aan zijn gedogen van latere verhuur geen betekenis kan worden toegekend in het voordeel van de huurder. Toch is er verschil: in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW is er minder ruimte voor verwarring bij de huurder, omdat 'toestemming voor verhuur' in het geheel niet aan de orde is, noch in de wet (omdat art. 3:264 BW vervalt), noch in de hypotheekakte. In deze zin werkt de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW duidelijker en rechtvaardiger uit jegens de huurder dan het geldende systeem. De huurder weet of kan weten, zoals ook een beperkt zakelijk gerechtigde dat kan weten, dat een ouder gerechtigde hypotheekhouder zich niet hoeft te bekommeren om later verleende rechten.

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW wordt ook het antwoord eenvoudiger te geven op de rechtspolitieke vraag, of stilzwijgend maar bewust gedogen door de hypotheekhouder van latere verhuur in beginsel voor diens rekening dient te komen. In deze uitleg is het uitgangspunt immers, dat het bestaande recht van de hypotheekhouder niet aangetast kan worden door latere

rechtshandelingen van de hypotheekgever. Krachtens dit uitgangspunt zal niet snel gesproken kunnen worden van een inroepbaarheid van een latere verhuurings jgens de hypotheekhouder door louter `stilizitten' van deze. Ter vergelijking: in het huidige recht wordt de weg naar een belangenafweging (die, zo blijkt, niet tot resultaat kán leiden) tussen de hypotheekhouder en de latere huurder geopend *omdat* art. 7A:1612 BW geacht wordt van toepassing te zijn op de situatie `huur-na-hypotheek'.

Ook in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW, waarin de hypotheekhouder kan veilen hetgeen hem werd verbonden, dient onnodig nadeel voor de huurder van woonruimte echter te worden vermeden.<sup>142</sup> Dit is ook goed mogelijk: in het nieuw voorgestelde art. 3:273 BW is de regeling van het huidige recht (toetsing door de president van de rechtbank) opgenomen.<sup>143</sup>

#### *10.5.5. Cessie of verpanding van, dan wel beslag op toekomstige huurvorderingen (Hoofdstuk 3)*

#### *10.5.6. Algemene opmerkingen*

Een cessie en/of verpanding van huurvorderingen wordt in het thans geldende recht geacht inroepbaar te zijn tegen een voordien reeds gevestigd hypotheekrecht. Door deze aanname ontstaan de in hoofdstuk 3 besproken problemen. In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW is dit artikel niet toepasselijk op de situatie `huur-na-hypotheek' en behoeft een hypotheekhouder zich ter handhaving van zijn hypotheekrecht niet te `verweren' met een beroep op een huurbeding. Immers, de huurverhouding gaat bij de hypothecaire executie níet krachtens art. 7A:1612 BW over op de verkrijger; de hypotheekhouder veilt het verbonden goed in de juridische staat, waarin het hem werd verbonden. Met betrekking tot toekomstige huurvorderingen brengt de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW in hoofdlijnen het volgende mee (een uitwerking per paragraaf van hoofdstuk 3 volgt hieronder).

---

<sup>142</sup>Zie hoofdstuk 2, par. 2.5.

<sup>143</sup>Zie hierboven, par. 10.3.2, onderdeel c.

De aanname door de Hoge Raad<sup>144</sup>, dat een hypotheekrecht zich niet uitstrekt over nog niet zelfstandige burgerlijke vruchten van het verbonden goed, is niet langer nodig. Toekomstige huurvorderingen behoren tot 'het verbonden goed'. De artikelen 3:9 lid 4 en 3:227 lid 2 BW kunnen letterlijk gelezen worden: nog niet-opeisbare burgerlijke vruchten zijn géén zelfstandige rechten. Vanaf het moment van hypotheekvestiging geldt de hoofdregel, dat het hypotheekrecht zich uitstrekt over al hetgeen de eigendom van de zaak omvat. Eén en ander brengt mee, dat de hypotheekhouder het verbonden goed kan verkopen en leveren inclusief de *nog niet-opeisbare* huurvorderingen. Met betrekking tot op het registergoed of op de toekomstige huurvorderingen gelegde beslagen werkt dit als volgt uit.

Een vóór de hypotheekvestiging gelegd beslag *op het verbonden goed* moet de hypotheekhouder respecteren (art. 505 lid 2 Rv), een nadien gelegd beslag op dat goed niet. Een derdenbeslag bij voorbaat *op de toekomstige huurvorderingen* kan in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW geen botsing met de hypotheekhouder opleveren. Immers, zolang de huurvorderingen nog niet opeisbaar zijn, gelden zij niet als zelfstandige rechten en worden, als behorende tot het hypothecair verbonden goed, met de executie 'inclusief' verkocht en geleverd door de hypotheekhouder. De executie leidt, anders dan in het huidige recht, dan ook *niet* tot een 'vervreemding-na-beslag' in de zin van art. 475h Rv. Anders gezegd: art. 475h Rv wordt niet 'ingeschakeld'<sup>145</sup> door art. 7A:1612 BW. De Hoge Raad behoeft dan ook geen oordeel te geven over een botsing tussen de hypotheekhouder en de derdenbeslaglegger, want er is geen botsing.

Wanneer de huurvorderingen opeisbaar worden en daarmee ontstaan<sup>146</sup>, worden zij onttrokken aan het hypotheekrecht. De hypotheekgever wordt beschikkingsbevoegd met betrekking tot die vorderingen; een eventueel voordien en bij voorbaat verrichte cessie of verpanding of een bij voorbaat gelegd derdenbeslag verkrijgt effect met het ontstaan van de vordering. De cessie, verpanding of het derdenbeslag is een feit, óók wanneer deze bij voorbaat werd verricht ná de hypotheekvestiging. De hypotheekhouder kan de cessie/verpanding of het derdenbeslag niet meer negeren, omdat het ontstaan van de vordering deze (vordering) aan het hypotheekrecht heeft onttrokken; men vergelijkte wederom de artikelen 3:9 lid 4 en 3:227 lid 2 BW.

Met betrekking tot de in paragraaf 3.2 tot en met 3.4 weergegeven vragen en onduidelijkheden werkt de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW als volgt uit.

### *10.5.7. Het huurbeding versus een beslag op toekomstige huurvorderingen (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.2)*

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW wordt niet toegekomen aan de vraag of met de inroeping van het huurbeding de huurverhouding zodanig tenietgaat, dat daaruit geen huurvorderingen meer kunnen ontstaan en daarop ook geen beslag meer gelegd kan worden. Een botsing van 'het huurbeding' met een beslag op toekomstige huurvorderingen behoort dan niet meer tot de mogelijkheden. In de situatie 'huur-na-hypotheek' wordt de latere huurder *niet* beschermd door art. 7A:1612 BW tegen de vervreemding door een ouder gerechtigde

<sup>144</sup>In HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.n. HJS (Van Berkel/Tribosa), hiervoor in hoofdstuk 3 besproken.

<sup>145</sup>Zie hoofdstuk 3, par. 3.5 (analyse).

<sup>146</sup>Zie hierover HR 30 januari 1987, 530 m.n. G. (WUH/Mr. Emmerig q.q.).

#### EIGEN OPVATTING: EEN BEPERKTE UITLEG VAN ART. 7A:1612 BW

hypotheekhouder; de huurverhouding gaat *niet* over op de verkrijger; er is geen sprake van 'vervreemding-na-beslag'; art. 475h Rv is niet van toepassing. De tournure van de Hoge Raad in het arrest van 1991<sup>147</sup>, inhoudende dat een hypotheek

'naar zijn aard slechts op het verhuurde goed zelf rust en niet op de vordering ter zake van de huurpenningen, (...)'

is niet langer nodig om tot een uitkomst te komen voor de botsing tussen de hypotheekhouder en de beslaglegger. Die botsing ontstaat immers doordat naar huidig recht de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW wél leidt tot toepasselijkheid van art. 475h Rv en daarmee tot een 'vervreemding-na-beslag'. Zoals hierboven aangegeven kan in de beperkte uitleg de hoofdregel van de artikelen 3:9 lid 4 en 3:227 lid 2 BW, dat het hypotheekrecht zich uitstrekt over al hetgeen de eigendom van de zaak omvat, normale toepassing vinden.

#### *10.5.8. Het huurbeding versus een cessie/verpanding van toekomstige huurvorderingen (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.3)*

---

<sup>147</sup>HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.n. HJS (Van Berkel/Tribosa), r.o. 3.3.

Deze paragraaf betreft twee situaties waarbij de hypotheekhouder, die het verbonden goed wil executeren, wordt geconfronteerd met een ná de hypotheekvestiging verrichte cessie of verpanding van toekomstige huurvorderingen. De eerste situatie is 'hypotheek - huur - cessie/verpanding van toekomstige huurvorderingen'. Naar huidig recht zal hier de hypotheekhouder die het verbodene vrij van huur wil veilen, het huurbeding moeten inroepen tegen zowel de latere verhuur als tegen de latere cessie of verpanding. Inroeping tegen alleen de latere cessie of verpanding is ook mogelijk, maar de huurder zal zich dan naar geldend recht kunnen beroepen op de huurverhouding, die volgens de Hoge Raad als zodanig mede de latere cessie of verpanding omvat.<sup>148</sup> Het gevolg is dat de hypotheekhouder de latere cessie of verpanding dan tóch, ondanks de inroeping van het huurbeding, tegen zich moeten laten gelden.

Dit wonderlijke probleem bestaat niet langer in een beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW. Het bestaande hypotheekrecht kan hierin niet aangetast worden door latere beschikkingen of andere rechtshandelingen door/van de eigenaar-hypotheekgever. Bovendien strekt het hypotheekrecht zich uit over de nog niet-opeisbare huurvorderingen (zie hierboven, paragraaf 10.5.6 en 10.5.7).

De tweede situatie, 'huur - hypotheek - cessie/verpanding van toekomstige huurvorderingen', werkt in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW als volgt uit. De hypotheekhouder kan het verbonden goed in veiling brengen zoals hij het in hypothecaire zekerheid verkreeg bij de hypotheekvestiging. Dat wil zeggen: in verhuurde staat, maar zonder dat de latere cessie of verpanding bij voorbaat was verricht. Die latere cessie of verpanding bij voorbaat namelijk zou hem als latere beschikkingshandeling bij voorbaat al niet kunnen worden tegengeworpen. Belangrijker is, zoals hierboven al werd uiteengezet, dat toekomstige huurvorderingen tot aan hun ontstaan tot het verbonden goed behoren. De hoofdregel, dat het hypotheekrecht zich uitstrekt over al hetgeen de eigendom van de zaak omvat, is van toepassing (vgl. de artikelen 3:9 lid 4 en 3:227 lid 2 BW). Vanaf het moment van hypotheekvestiging kan de eigenaar-hypotheekgever *niet ten nadele* van de hypotheekhouder over deze vorderingen beschikken (cederen of verpanden).

Ook de onzekerheid die voor de tweede situatie bestaat in het huidige recht omtrent de vraag, of de hypotheekhouder met een beroep op het huurbeding kan opkomen tegen de latere cessie of verpanding, blijft in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW achterwege. De hypotheekhouder moet in de beperkte uitleg wél de eerdere verhuur respecteren, niet de latere cessie of verpanding. Uitgegaan wordt van het moment van hypotheekvestiging, niet van de hypothecaire executie. De vraag, of

'(..) de koper die huurverhouding heeft te aanvaarden, zooals hij haar dan aantreft, met inachtneming van de beschikkingen, die zijn voorganger, voorzoover de wet zich daartegen niet verzet, heeft getroffen (..)'<sup>149</sup>,

is eenvoudig te beantwoorden: het moment van hypotheekvestiging is het omslagpunt. De vraag of een beroep op het huurbeding wellicht niet mogelijk zou zijn, omdat volgens de Hoge Raad een hypotheekrecht

'naar zijn aard slechts op het verhuurde goed zelf rust en niet op de vordering ter zake van de huurpenning

<sup>148</sup>Zie de hieronder aangehaalde arresten uit 1940 en 1991.

<sup>149</sup>Aldus de Hoge Raad in HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 m.n. EMM (De Boer/Haskerveenpolder), p. 1259.

gen (..) <sup>150</sup>,

is overbodig geworden: het hypotheekrecht strekt zich mede uit over de nog niet-opeisbare huurvorderingen.

*10.5.9. De koper versus de cessionaris/pandhouder/beslaglegger (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4)*

De vraag aan wie de huurpenningen toekomen die opeisbaar worden ná de executie door de hypotheekhouder, wordt in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW als volgt beantwoord.

In de situatie 'hypotheek - huur - cessie/verpanding van of beslag op toekomstige huurvorderingen - executie door de hypotheekhouder' kunnen het latere huurrecht respectievelijk de latere cessie/verpanding of het latere beslag niet aan de hypotheekhouder worden tegengeworpen. De hypotheekhouder zal het verbonden goed (kunnen) verkopen en leveren in de staat, waarin hij het in hypothecaire zekerheid verkreeg. Hij draagt een goed aan de koper over dat onverhuurd is en dat mede de toekomstige huurvorderingen omvat (vgl. de artikelen 3:9 lid 4 en 3:227 lid 2 BW en hierboven, paragraaf 10.5.6 tot en met 10.5.8). Een latere cessie, verpanding of beslag met betrekking tot die toekomstige huurvorderingen heeft ten aanzien van de hypotheekhouder geen rechtskracht. Van enig huurrecht of van enige rechtsuitoefening door een cessionaris, pandhouder en/of beslaglegger kan na de overdracht geen sprake meer zijn. Bondiger uitgedrukt: er is geen botsing mogelijk tussen de koper enerzijds en een cessionaris/pandhouder/beslaglegger anderzijds. Dit resultaat strookt met de opvatting van Meijers; de uitleg door de Hoge Raad in 1940 en 1991 is daarentegen niet langer nodig.

De situatie 'huur - hypotheek - cessie/verpanding van of beslag op toekomstige huurvorderingen - executie door de hypotheekhouder' levert evenmin een botsing op tussen de koper enerzijds en de cessionaris/pandhouder/beslaglegger anderzijds. Ook hier namelijk draagt de hypotheekhouder datgene aan de koper over, wat hij in hypothecaire zekerheid verkreeg. Dat betekent: een goed in verhuurde staat, maar mét het recht op de nog niet opeisbare, dus toekomstige huurvorderingen. De latere cessie/verpanding of het latere beslag met betrekking tot de nog toekomstige vorderingen kunnen aan de hypotheekhouder niet worden tegengeworpen. Zijn hypotheekrecht strekt zich uit over al hetgeen de eigendom van de zaak omvat. De artikelen 3:9 lid 4 en 3:227 lid 2 BW zijn van toepassing; nog niet-opeisbare burgerlijke vruchten zijn géén zelfstandige rechten. Een tournure van de Hoge Raad als in het arrest van 1991, dat een hypotheekrecht

---

<sup>150</sup>HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.n. HJS (Van Berkel/Tribosa), r.o. 3.3.

naar zijn aard slechts op het verhuurde goed zelf rust en niet op de vordering ter zake van de huurpenningen (...)<sup>151</sup>

is niet langer nodig.<sup>152</sup>

Ook aan de in paragraaf 3.4.1 tot en met 3.4.12 behandelde uitlegproblemen wordt niet meer toegekomen. Dit zal hieronder kort worden uitgelegd.

#### *10.5.10. De nemo plus-regel gepasseerd? (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.1)*

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW wordt niet voorbijgegaan, zoals in de benadering door de Hoge Raad, aan de eis van beschikkingsbevoegdheid van art. 3:84 lid 1 BW, noch aan de nemo plus-regel. Het merkwaardige feit bestaat immers niet langer, zoals in het huidige recht, dat een *bij voorbaat* verrichte rechtshandeling (cessie/verpanding/beslag) effect kan krijgen, terwijl de gecedeerde/verpande/beslagen vordering *ontstaat* in een ander vermogen dan dat van de cedent/pandgever/beslagene (de eigenaar-hypothekgever). De hypotheekhouder hoeft in de beperkte uitleg een latere cessie/verpanding bij voorbaat of een later beslag bij voorbaat niet te respecteren; hij brengt het goed in veiling inclusief de nog toekomstige huurvorderingen. Ter nadere verduidelijking: in de huidige rechtsleer is niet goed te verklaren hoe een cessionaris/pandhouder/beslaglegger enig recht op de betreffende vordering kan uitoefenen. Immers, de vordering ontstaat ná de hypothecaire executie en in het vermogen van de koper, zodat de cedent/pandgever/beslagene (de ex-eigenaar/hypothekgever) op geen enkel moment beschikkingsbevoegd is geweest met betrekking tot die vordering.

#### *10.5.11. Toekomstigheid (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.2)*

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW wordt recht gedaan aan de regel van de Hoge Raad, dat een huurvordering toekomstig is totdat zij ontstaat<sup>153</sup>: de hypotheekhouder verkoopt en levert het goed vrij van huur. Huurvorderingen die na de hypotheekvestiging zijn ontstaan, zijn onttrokken aan het hypotheekrecht (zie hierboven, paragraaf 10.5.6 tot en met 10.5.8).

#### *10.5.12. Prioriteit en het moment van beschikken (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.3)*

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW geldt de hypotheek*vestiging* als het moment van beschikken: ná de hypotheekvestiging verrichte verhuuringen of gedane beschikkingen met betrekking tot het verbonden goed, of gelegde beslagen daarop, kunnen niet aan de hypotheekhouder worden tegengeworpen. Let wel: tot het verbonden goed behoren eveneens

<sup>151</sup>HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.n. HJS (Van Berkel/Tribosa), r.o. 3.3.

<sup>152</sup>Het geschil dat speelde in Hof Amsterdam 22 juni 1995, NJ 1997, 476 (Elander/Planex) (zie hoofdstuk 3, par. 3.4, noot 13) zou dan ook beslist worden in het voordeel van de koper: verkocht en geleverd wordt een goed *inclusief* de nog toekomstige huurvorderingen.

<sup>153</sup>HR 30 januari 1987, 530 m.n. G. (WUH/Mr. Emmerig q.q.).

de nog toekomstige huurvorderingen.

Op deze wijze komt er een einde aan het naar huidig recht bestaande, niet te rechtvaardigen of te verklaren verschil tussen het hypotheekrecht en het beslagrecht. In het hypotheekrecht geldt thans immers, door de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, het moment van hypothecaire *executie* als het moment van beschikken, terwijl in het beslagrecht het moment van *totstandkoming* van het beslag als zodanig telt. Ter illustratie: blijken op het moment van hypothecaire *executie* toekomstige huurvorderingen reeds eerder bij voorbaat beslagen te zijn, dan is er volgens de Hoge Raad sprake van een 'vervreemding-na-beslag' en is art. 475h Rv van toepassing; de beslaglegger wordt rechthebbende op de huurvorderingen die ná de executie ontstaan in het vermogen van de koper. Uit dit oordeel van de Hoge Raad vloeit voort, dat in het beslagrecht wél het moment van *totstandkoming* van het beslag (de inschrijving daarvan) telt als het moment van beschikken.

*10.5.13. De verwijzing naar 1940/De situaties in 1991 en 1940/Een vreemde wending van de Hoge Raad in het arrest van 1991 (Hoofdstuk 3, paragrafen 3.4.4 tot en met 3.4.6)*

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW wordt niet toegekomen aan enige poging tot verklaring van de verwijzing door de Hoge Raad, in 1991, naar zijn arrest van 1940. Immers, het moment van hypothecaire executie geldt niet langer - krachtens de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW - als het moment van beschikken. De gedachte daarentegen die uit het arrest van 1940 is te distilleren, dat eerdere beschikkingen moeten worden gerespecteerd, zou zeer wel stroken met de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW (zie over deze gedachte ook de betreffende paragrafen 3.4.4 tot en met 3.4.6 van hoofdstuk 3).

Voor de in dit verband aangehaalde discussie over de vraag, of nog toekomstige huurvorderingen onder het hypotheekrecht vallen (ad 3.4.6), zij verwezen naar het hierboven, bij 10.5.6 tot en met 10.5.8 besprokene.

*10.5.14. Art. 7A:1612 BW en executie door de hypotheekhouder (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.7)*

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW is dit artikel niet van toepassing op de executie door de hypotheekhouder. De uitlegperikelen en de onzekerheid zoals in paragraaf 3.4.7 besproken, zijn daarmee niet langer aan de orde.

*10.5.15. De artikelen 3:273 BW en 505 lid 2 Rv (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.8)*

In paragraaf 3.4.8 van hoofdstuk 3 werd al vermeld, dat de daar besproken vragen komen te vervallen, indien art. 7A:1612 BW beperkt wordt uitgelegd. Een uitwerking van dit gegeven volgt hieronder.

*Ad a. Rechtsgevolgen art. 505 lid 2 en art. 475h Rv*

Hoe algemeen, zo luidde de eerste vraag, moet de scheiding geacht worden te gelden, die door



de Hoge Raad is aangebracht tussen een beslag op het verhypothekerde goed zelf en een beslag op de huurvorderingen die 'het goed' nog zal voortbrengen? De vraag komt te vervallen indien een *bestaand* hypotheekrecht (op een bestaand registergoed) niet kan worden aangetast door een *latere* huurverhouding of door een *later* beslag op *toekomstige* huurvorderingen (die onder dat hypotheekrecht vallen, zie hierboven bij 10.5.6 tot en met 10.5.8). Immers, dan is de scheiding niet nodig. Deze wordt noodzakelijk doordat art. 7A:1612 BW naar huidig recht toepasselijk wordt geacht op de situatie 'huur-na-hypotheek' en daarmee op de executie door een hypotheekhouder. De hypotheekhouder kan de huurverhouding vervolgens slechts 'tenietdoen' door het huurbeding in te roepen. Laat hij dit na, zoals in het arrest van 1991, dan leidt art. 7A:1612 BW in de te ruime uitleg tot de conclusie, dat de huurverhouding is overgegaan op de verkrijger; laatstgenoemde wordt dan de rechthebbende op de huurvorderingen die nog opeisbaar worden. Blijkt op het moment van executie dat er bij voorbaat beslag is gelegd op toekomstige huurvorderingen, dan is er - door het toepasselijk achten van art. 7A:1612 BW op de executie - tegelijkertijd sprake van een 'vervreemding-na-beslag'. Art. 475h Rv bepaalt vervolgens, dat het beslag aan de hypotheekhouder kan worden tegengeworpen; de beslaglegger wordt rechthebbende op de huurvorderingen, die ontstaan in het vermogen van de koper. De Hoge Raad wordt door deze patstelling - de verkrijger wordt rechthebbende, maar de beslaglegger ook - als het ware gedwongen tot de bedoelde scheiding tussen 'hypotheek op het verhuurde goed' en 'beslag op de vordering ter zake van de huurpenningen':

'Deze verkoop (door de hypotheekhouder, RW) heeft plaatsgevonden "onder bezwaar van de lopende huur", zodat enig beding als bedoeld in art. 1230 BW hier geen rol speelt. Dit brengt mee dat ook de onderhavige vervreemding niet tegen de beslaglegger op de vordering ter zake van huurpenningen kan worden ingeroepen, nu de hypotheek naar zijn aard slechts op het verhuurde goed zelf rust en niet op de vordering ter zake van de huurpenningen en, bij gebreke van een op goede grond ingeroepen beding als bedoeld in art. 1230, die vordering ook na de vervreemding door de hypotheekhouder telkens uit de huurovereenkomst zal blijven ontstaan en onder het op die vordering gelegde beslag zal blijven vallen.'<sup>154</sup>

Zoals gezegd: de scheiding is niet langer nodig in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW.

#### *Ad b. De rol van art. 7A:1612 BW*

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW ontvalt ook de basis aan de tweede in paragraaf 3.4.8 besproken vraag. Deze vraag betreft:

- het kennelijke losstaan van de executie door de hypotheekhouder van de werking van art. 475h Rv (de hypotheekhouder kan als gevolg van de door de Hoge Raad aangebrachte scheiding niet executoriaal beschikken over de toekomstige huurvorderingen; art. 475h Rv kan dan niet van toepassing zijn);
- de toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op de hypothecaire executie (de vorderingen zullen bij gebreke van een op goede grond ingeroepen huurbeding ook na de vervreemding door de hypotheekhouder uit de huurovereenkomst blijven ontstaan, aldus de Hoge Raad);
- de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin de 'vervreemding' zoals bedoeld in artikelen als 505 lid 2 en 475h Rv in het geheel niet ziet op de executie door een hypotheekhouder.

<sup>154</sup>HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.n. HJS (Van Berkel/Tribosa), r.o. 3.3.

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW is er geen conflict tussen de hypotheekhouder en de - te zijnen aanzien - *latere* beslaglegger op de toekomstige huurvorderingen. Hierboven, bij de eerste vraag, is dit uiteengezet. Voorts is het artikel in de beperkte uitleg *niet* van toepassing op de executie door een hypotheekhouder. Zulks is ook niet nodig, omdat een *latere* huurverhouding aan deze *niet* tegen te werpen is. En ook de noodzaak van een uitspraak door - en een jurisprudentiële regel van - de Hoge Raad is met de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW ondervangen: 'vervreemding' in artikelen als 505 lid 2 en 475h Rv ziet inderdaad *niet* op de executie door een hypotheekhouder. Bepalend voor de rangorde ten opzichte van de beslaglegger is namelijk niet het moment van executie, maar de *materiële* totstandkoming, dat wil zeggen, het moment van vestiging van het hypotheekrecht c.q. het moment van beslaglegging. Bovendien doet zich hier gelden het gegeven, dat nog niet-opeisbare huurvorderingen geen zelfstandige rechten zijn. Zij behoren tot het hypothecair verbonden goed en worden met de executie 'inclusief' verkocht en geleverd door de hypotheekhouder. De executie kan ook aldus, anders dan in het huidige recht, *niet* leiden tot een 'vervreemding-na-beslag' in de zin van art. 475h Rv. Zoals eerder aangegeven: in de beperkte uitleg wordt art. 475h Rv niet 'ingeschakeld' door art. 7A:1612 BW (zie hierboven, paragraaf 10.5.6).

*Ad c. De werking van art. 3:273 BW*

De derde vraag, betreffende de invloed van art. 3:273 BW op de onderhavige materie, vervalt eveneens in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW. Immers, in deze uitleg is art. 7A:1612 BW niet toepasselijk op de executie door een hypotheekhouder en kan hij zijn recht uitoefenen als *ouder* gerechtigde ten opzichte van de huurder en/of de beslaglegger. De vraag of met de executie ex art. 3:273 BW ook het beslag op de huurvorderingen komt te vervallen, is dan een overbodige geworden. De rangorde tussen de hypotheekhouder en de beslaglegger is nu duidelijk: het oudere recht (hypotheek) gaat voor het jongere recht (beslag).

*10.5.16. De werking van art. 7A:1612 BW (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.9)*

Wordt art. 7A:1612 BW beperkt uitgelegd, dan is een *latere* huurverhouding *niet* tegen te werpen aan een reeds bestaand hypotheekrecht; art. 7A:1612 BW is dan op de hypothecaire executie niet van toepassing. De naar huidig recht bestaande vraag naar de werking van art. 7A:1612 BW, in paragraaf 3.4.9 besproken, is overbodig. Het is irrelevant geworden of de huurverhouding als geheel dan wel alleen het vorderingsrecht met betrekking tot de huur overgaat op de verkrijger, of dat er sprake zou zijn van een annexatie door het vorderingsrecht van het materiële recht op de huurpenningen.

*10.5.17. Goederenrechtelijke binding? (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.10)*

De verklaring van de uitkomst van het arrest van 1991 met 'goederenrechtelijke binding' is in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW niet meer nodig. Een cessie, verpanding of een beslag bij voorbaat die wordt gevolgd door hypothecaire executie, kan de hypotheekhouder in die uitleg niet deren indien hij executeert krachtens een hypotheekrecht dat *ouder* is (van ouder

datum) dan de huurverhouding, de cessie, de verpanding of het beslag. Art. 7A:1612 BW is op de hypothecaire executie *niet* van toepassing. De executie kan daarmee niet gelden als 'vervreemding'. Dit laatste is als vooronderstelling vereist om de voorrang van de beslaglegger die zijn beslag legde ná de hypotheekvestiging, maar vóór de hypothecaire executie, met goederenrechtelijke binding te verklaren.

De vraag, of de hypothecaire executie nu wel of niet de verkoop van de nog toekomstige huurvorderingen inhoudt - bij goederenrechtelijke binding wel, naar het oordeel van de Hoge Raad niet - is in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW eveneens ondervangen. De hypotheekhouder verkoopt en levert het verbonden goed zoals hij dit bij de hypotheekvestiging in zekerheid verkreeg: een onroerende zaak die mede de nog toekomstige burgerlijke vruchten omvat (art. 3:9 lid 4 en 3:227 lid 2 BW; zie hierboven, paragraaf 10.5.6 tot en met 10.5.8).

#### *10.5.18. Bevoegdheid van de hypotheekgever (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.11)*

De naar huidig recht bestaande vraag naar de beschikkingsbevoegdheid van de hypotheekgever na hypotheekvestiging, wordt in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW beantwoord vóór zij kan worden gesteld: de hypotheekgever kan na hypotheekvestiging het alsdan bestaande hypotheekrecht niet aantasten door de niet-opeisbare burgerlijke vruchten (de huurvorderingen) te vervreemden of te verpanden. Hetzelfde geldt voor een later gelegd beslag bij voorbaat. Eén en ander wil zeggen: bij executie kan de - ten aanzien van het hypotheekrecht *latere* - cessie/verpanding of beslag niet aan de hypotheekhouder worden tegengeworpen.

#### *10.5.19. Het rechtskarakter van beslag miskend? (Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.12)*

Aan de in paragraaf 3.4.12 weergegeven discussie wordt in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW evenmin toegekomen. Een reeds gevestigd hypotheekrecht kan niet worden aangetast - zoals in het huidige recht ex art. 7A:1612 BW - door een latere verhuring of een latere cessie, verpanding of beslaglegging bij voorbaat van/op toekomstige huurvorderingen. Voor toepassing van art. 3:97 lid 2 BW en voor een gelijkstelling van een beslag bij voorbaat met een beschikking bij voorbaat (vgl. de Hoge Raad in het arrest van 1991, aangehaald in paragraaf 3.4.12) is dan geen reden meer. Aan toepasselijkheid van art. 475h Rv wordt evenmin nog toegekomen: de 'vervreemding-na-beslag' betreft de vervreemding door een hypotheekhouder krachtens diens aan het beslag *anterieure* hypotheekrecht. Art. 7A:1612 BW is niet van toepassing, er is geen 'vervreemding' als beschikkingshandeling. Er is de uitoefening van een bestaand zakelijk zekerheidsrecht.

Niet te ondervangen in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW is de opvatting van Van der Kwaak en (voorheen? Van Swaaij<sup>155</sup>) omtrent de bedoeling, die de wetgever gehad zou hebben met art. 475h Rv en artikelen als 453a en 505 lid 2 Rv. Die bedoeling zou zijn, dat een eenmaal gelegd beslag ingrijpt in de systematiek van het burgerlijk recht (beslag is een procesrechtelijke

<sup>155</sup>Zie hoofdstuk 3, bij noot 40.

handeling en niet een burgerlijkrechtelijke). Indien deze schrijvers hierin gelijk zouden hebben, zou een gevestigd hypotheekrecht of enig ander reeds bestaand burgerlijkrechtelijk recht altijd 'weerloos' zijn tegen een beslag, ongeacht of dit beslag eerder of later dan het betreffende recht wordt gelegd en ongeacht of het gelegd wordt op bestaande of toekomstige goederen.

Deze conclusie, gevoegd bij de in paragraaf 3.4.12 reeds genoemde bezwaren, maakt de benadering door bedoelde auteurs tot één, die mijns inziens geen aanhang verdient. Het resultaat ervan staat daarvoor te ver af van het geldende juridische systeem en ook van een welhaast algemeen te noemen - namelijk ook buiten het juridische denken levend - principe, dat bestaande (goederenrechtelijke) rechten geëerbiedigd moeten worden.

#### *10.5.20. Inroeping van het huurbeding (Hoofdstuk 4)*

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW is een huurbeding overbodig. Daarmee komen te vervallen de ingewikkelde en veelal niet duidelijke inroepingsprocedure (paragraaf 4.2) en de vraag 'Wie is 'de koper' in art. 3:264 lid 1 BW?' (paragraaf 4.3). De perikelen rond de herkomst van het ontruimingsrecht van de koper (paragraaf 4.4) en de vraag of inroeping van het huurbeding verplicht kan zijn (paragraaf 4.5), zijn met de afschaffing van het huurbeding eveneens verleden tijd: indien een hypotheekhouder een goed 'onverhuurd' verkoopt en levert<sup>156</sup>, kan de koper op grond van zijn eigendomsrecht tegen de huurder ageren.

#### *10.5.21. (On)kenbaarheid van het huurrecht in de situatie 'huur-na-hypotheek' (Hoofdstuk 5, paragraaf 5.2)*

---

<sup>156</sup>Zie hierboven, par. 10.3.2, onderdeel c, alsmede par. 10.3.3 en 10.3.4.

Aan de merkwaardige en innerlijk tegenstrijdige gevolgen die de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW meebrengt voor de problematiek van de (on)kenbaarheid van het huurrecht in de situatie 'huur-na-hypothec' wordt niet toegekomen in de beperkte uitleg van dit artikel. In laatstgenoemde uitleg wordt het moment van hypothecvestiging tot uitgangspunt genomen.<sup>157</sup> De twijfel omtrent het moment van toepassing van art. 7A:1612 BW: 'hypothecvestiging' of 'moment van executie', behoort daarmee tot het verleden. Een latere verhuring kan een bestaand hypothecrecht hoe dan ook - kenbaar of niet-kenbaar - niet aantasten. Van enige toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW op het moment van executie - leidend tot 'koop' breekt geen huur' - kan geen sprake meer zijn. Een beroep door de (latere) huurder op art. 7A:1612 BW is uitgesloten. De hypothechouder kan het verbonden goed 'onverhuurd' verkopen en leveren.

Te vervallen komt ook de tegenstrijdigheid tussen enerzijds de stelling van de Hoge Raad, dat 'art. 3:264 BW uitgaat van raadpleging van de registers door de huurder', welke stelling het risico van een reeds bestaande verhypothecering bij de huurder legt, en anderzijds een mogelijk beroep door die huurder op de bescherming van art. 7A:1612 BW tegen het eerdere hypothecrecht (de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW in de heersende leer).

Een einde komt voorts aan de innerlijke tegenstrijdigheid in het antwoord op de vraag, wanneer de huurder de registers moet raadplegen. In het huidige recht geldt: in het geval de verhuurder (nog) geen eigenaar is van het te verhuren goed, komt niet-raadpleging van de registers voor rekening van de huurder. Is het goed daarentegen reeds verhypothecerd op het moment van verhuring, dan kan de huurder bij executie door de oudere hypothechouder een beroep op art. 7A:1612 BW doen, hoewel hij door raadpleging van de openbare registers ook van dat hypothecrecht op de hoogte had kunnen komen. In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW komt niet-raadpleging in beide gevallen voor rekening van de huurder.

*10.5.22. (On)kenbaarheid van het huurrecht in de situaties 'hypothec-na-huur' en 'koop-na-huur' (Hoofdstuk 5, paragrafen 5.3 en 5.4)*

De beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW heeft geen gevolgen voor de situaties waarin sprake is van een reeds bestaand huurrecht, 'hypothec-na-huur' en 'koop-na-huur'. Een huurrecht dat bestaat ten tijde van de hypothecvestiging, of een hernieuwde verhuring op gelijke voorwaarden tijdens de duur van het hypothecrecht, dient door de hypothechouder te worden gerespecteerd. Dit vloeit voort, zo mag worden aangenomen, uit art. 7A:1612 BW in zijn oorspronkelijke betekenis.

De bescherming die in art. 7A:1612 BW wordt geboden aan een *bestaand* huurrecht boven een later hypothecrecht strekt zich in ieder geval uit tot de 'normale' situatie, waarbij de huurder ten tijde van de hypothecvestiging in het genot van het gehuurde is. Indien dit laatste niet het geval is, speelt de vraag wie het risico moet dragen van de eerdere verhuur. Een vergelijking met de eigenlijke art. 7A:1612 BW-situatie ('verkoop-na-huur') levert, zoals in hoofdstuk 5 bleek, een tweetal standpunten op.<sup>158</sup> In de ene opvatting behoeft de huurder, om beschermd te

<sup>157</sup>Zie ook art. 3:273 lid 3 (nieuw) BW en de toelichting daarop, hiervoor, par. 10.3.2, onderdeel c, alsmede het betoogde in par. 10.3.3 sub A.

<sup>158</sup>Par. 5.4, de eerste respectievelijk de tweede opvatting. De derde opvatting, bij dit onderdeel weergegeven, dat de verkoop het moment is waarop art. 7A:1612 BW zijn werking doet gelden, mag op goede gronden als achterhaald

worden door art. 7A:1612 BW, niet in het genot van het gehuurde te zijn, in de andere opvatting wel. Beide kennen als nadeel, dat een derde wordt opgepadeld met de gevolgen van een hem onbekende overeenkomst. In de eerste benadering is dat de koper, die te maken krijgt met een huurder die zich op zijn huurovereenkomst beroept en met succes het huurovereenkomst opvoert. In de tweede opvatting worden de rechten van de huurder uit de huurovereenkomst geheel gefrustreerd door een latere koopovereenkomst. Beide benaderingen strijden op dit punt met de billijkheid en met andere elementaire rechtsbeginselen, alsmede met het systeem van het privaatrecht.<sup>159</sup>

Mijns inziens kan in deze lastige gevallen, waarin de huurder zich nog niet in het genot van het gehuurde bevindt, niet eenduidig gekozen worden voor het één (huurder altijd voorrang, zie de wetgever) of voor het ander (' koper' voorrang, wanneer de huurder niet feitelijk in het genot van het gehuurde is). Bij een keuze voor of de huurder of de koper zou ik opteren voor hetgeen bij de tweede opvatting is beschreven. Het uitgangspunt dient te zijn *de wetenschap* van de eerdere huurovereenkomst bij de verkrijger of hypotheeknemer *op het moment* van levering of van hypotheekvestiging. Het publiciteits- of kenbaarheidsbeginsel speelt namelijk bij registergoederen (en ook bij roerende zaken<sup>160</sup>) eerst op die momenten een rol. Eerst dan is er sprake van een confrontatie van een persoonlijk huurrecht met een eigendoms- of hypotheekrecht (of een ander goederenrechtelijk recht). Op die momenten ook is concreet vast te stellen of de verkrijger (van een eigendoms- of hypotheekrecht) op de hoogte was of had kunnen zijn van het eerdere huurrecht (art. 3:11 BW). Dit uitgangspunt is in overeenstemming met het systeem van het vermogensrecht (de onderscheiding in goederen- en verbintenissenrecht), de billijkheid en de zorgvuldigheid.<sup>161</sup>

Een aanknopingspunt voor deze benadering is te vinden in de arresten *Gay Association/Engelen en Metterwoon/Van Ommen*<sup>162</sup>, waarin de Hoge Raad uitgaat van hetgeen bij de overdracht en de hypotheekvestiging aan partijen bekend was omtrent de toen reeds bestaande huurovereenkomst. In het eerste arrest blijkt de hypotheekhouder te hebben mogen vertrouwen op de aanduiding van het goed in de transportakte als zijnde 'onverhuurd', in het tweede arrest niet. De reden voor de verschillende uitkomst ligt voornamelijk in het handelen van de huurder. In het arrest *Gay Association/Engelen* handelt de huurder onvoorzichtig: hij huurt van een niet-juridisch eigenaar zónder diens verhuur-bevoegdheid na te gaan in de openbare registers. Nu moet hij met ontruimingsvorderingen door derden (de hypotheekhouder) rekening houden, oordeelt de Hoge Raad. In het arrest *Metterwoon/Van Ommen* beschermt de Hoge Raad juist het voorzichtige handelen van de huurder; deze laat in

---

worden beschouwd en wordt hier niet nader behandeld.

<sup>159</sup>Vgl. Abas, die op deze gronden de eerste opvatting - de huurder behoeft niet in het genot van het gehuurde te zijn - afwijst en de tweede aanhangt; zie hoofdstuk 5, par. 5.4.

<sup>160</sup>Men vergelijk de beperkingen welke bij de levering *constitutio in rem* van roerende zaken en de stille verpanding van roerende zaken en vorderingen zijn aangebracht vanwege de ontbrekende kenbaarheid, ofwel de ontbrekende mogelijkheid zich naar buiten als rechthebbende te legitimeren, in bijvoorbeeld de artikelen 3:90 lid 2 en 3:111 BW (resp. relativering van en verbod op levering c.p.), en de artikelen 3:238 lid 1 en 3:239 lid 4 BW (beide een mogelijkheid van bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid van een rechtsvoorganger inhoudende mits resp. de zaak in de macht van de verkrijger is gebracht of de verpanding aan de debiteur is meegedeeld).

<sup>161</sup>Zie Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997), nr. 94 en hiervoor, hoofdstuk 5, par. 5.4, onder 3 (de tweede opvatting).

<sup>162</sup>Respectievelijk HR 7 juni 1991, NJ 1992, 262 m.n. WMK, r.o. 3.6. en HR 15 november 1996, NJ 1997, 508 m.n. WMK. Beide arresten werden in hoofdstuk 5, par. 5.3 besproken.

de transportakte vermelden dat het te leveren goed is verhuurd. De hypotheekhouder verzuimt bovendien deze akte voldoende te onderzoeken. De hypotheekhouder wordt nu afgerekend op zijn *hebben kunnen weten op het moment* van de hypotheekvestiging.

*10.5.23. Wat is 'vernietiging' in art. 3:264 lid 2 BW? (Hoofdstuk 6, paragraaf 6.2)*

Aan de vraag hoe de 'vernietiging' in art. 3:264 lid 2 BW moet worden verstaan, wordt in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW niet toegekomen. Er is namelijk geen vernietiging van het huurrecht nodig. Art. 3:264 BW kan vervallen, omdat het latere huurrecht niet tegenstelbaar is aan de hypotheekhouder. De hypotheekhouder veilt het verbonden goed zoals het hem werd verbonden: onverhuurd.

Ter vergelijking: in het huidige recht wordt art. 7A:1612 BW van toepassing geacht op de situatie 'huur-na-hypotheek' en ziet een hypotheekhouder zich genoodzaakt een huurbeding in de hypotheekakte op te nemen. Vervolgens moeten de gevolgen weggeredeneerd worden van het kennelijke 'feit', dat een huurovereenkomst die is aangegaan ná de hypotheekvestiging, in beginsel inroepbaar is tegen de hypotheekhouder. Het opvallende daarbij is, dat bij alle verklaringen en mogelijke interpretaties van de 'vernietiging' in art. 3:264 BW, besproken in hoofdstuk 6, het doel is een resultaat te bereiken, dat *zonder* de te ruime interpretatie van art. 7A:1612 BW en *zonder* het daardoor vereiste bestaan van art. 3:264 BW, al zou bestaan: het bestaande goederenrechtelijke (hypotheek)recht dient te worden gerespecteerd.

*10.5.24. Relativiteit en meer dan één hypotheekhouder (Hoofdstuk 6, paragraaf 6.3)*

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW, dus bij *niet*-toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek', wordt aan de in paragraaf 6.3 besproken vragen niet toegekomen. Immers, in de aldaar aan de orde zijnde constellaties - 'eerste hypotheek - huur - tweede hypotheek' en 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur' geldt dan: een hypotheekhouder moet een *bestaand* huurrecht wél respecteren ex art. 7A:1612 BW, maar een *later* huurrecht niet.

Voor de in paragraaf 6.3, onderdelen A en B behandelde vragen werkt de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW als volgt uit. In de situatie 'eerste hypotheek - huur - tweede hypotheek' moet de tweede hypotheekhouder de te zijnen opzichte oudere huur respecteren. Een huurbeding is niet nodig en daarmee vervalt de vraag, of de tweede hypotheekhouder wellicht van het huurrecht wordt bevrijd doordat de eerste hypotheekhouder het huurbeding inroept. In de situatie 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur' is het huurrecht niet-tegenstelbaar aan beide hypotheekhouders. Vragen als: mag de eerste hypotheekhouder met het oog op de belangen van de tweede hypotheekhouder niet nalaten het huurbeding in te roepen, of: kan de tweede hypotheekhouder enige invloed uitoefenen op zijn 'lotsbestemming' indien de eerste hypotheekhouder diens eigen huurbeding inroept, bijvoorbeeld met behulp van art. 517 lid 2 Rv in verbinding met art. 515 en 551 Rv, zijn niet langer aan de orde. De vragen worden veroorzaakt in het huidige recht, zoals in hoofdstuk 6 werd aangegeven, door art. 3:264 lid 2 BW: het huurbeding wordt verondersteld een relatieve werking te hebben. Alleen door die werking tussen hypotheekhouder en hypotheekgever kan uitgekomen worden bij een vernietiging (wat die dan ook inhoudt)

#### EIGEN OPVATTING: EEN BEPERKTE UITLEG VAN ART. 7A:1612 BW

'(..) slechts (..) ten behoeve van degene die het (beding, RW) inroept, en niet verder dan met diens recht in overeenstemming is.' (art. 3:264 lid 2 BW).

Art. 3:264 BW is echter, als correctie op de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, overbodig indien die te ruime uitleg wordt verlaten. Aan de relativiteit van het tweede lid van art. 3:264 BW wordt dan ook niet toegekomen.

#### *10.5.25. Relativiteit en de rang van de vergoedingsvordering van de huurder (Hoofdstuk 6, paragraaf 6.4)*

Over de rang van de vergoedingsvordering van de huurder in de situatie 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur' kan in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW geen twijfel bestaan: hij komt als laatste aan bod. Een *later* huurrecht kan noch de eerste, noch de tweede hypotheekhouder bedreigen. Een huurbeding, laat staan een eventuele relatieve werking daarvan met alle onduidelijkheden van dien, is overbodig. Voor de bizarre en omstreden gevolgen van de opvatting van Huijgen voor het huidige recht, gebaseerd op art. 3:264 lid 2 en/of lid 7 BW, dat de huurder met zijn vergoedingsrecht rang neemt direct ná de inroepende hypotheekhouder en daarmee vóór de te zijnen aanzien ouder gerechtigde tweede hypotheekhouder, is geen ruimte meer. In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW behoort de uitgebreide discussie en de sindsdien expliciet bestaande rechtsonzekerheid over dit punt, tot het verleden. Het zevende lid van art. 3:264 BW wordt opgenomen in art. 3:282 BW<sup>163</sup> en wordt letterlijk uitgelegd: het vergoedingsrecht neemt rang onmiddellijk na degenen tegen wie de huurder zijn recht niet kon inroepen. In de situatie 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur' zijn dat de eerste en de tweede hypotheekhouder.

#### *10.5.26. Art. 7:226 en 7:227 Ontwerp BW (Hoofdstuk 7)*

---

<sup>163</sup>Zie hiervoor, paragraaf 10.3.2, onderdeel d (d.2.1).



In het onderdeel analyse van hoofdstuk 7 bleek reeds dat de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW de oorzaak is van de aldaar besproken problemen. Dit wordt duidelijk wanneer die oorzaak wordt weggenomen en art. 7A:1612 BW beperkt wordt genterpreteerd. Een huurrecht wordt in de beperkte uitleg slechts beschermd tegen een *latere* vestiging van een beperkt recht (of de overdracht van dat later gevestigde recht), en tegen overdracht van een beperkt recht waarbij de overdragende beperkt gerechtigde *zélf* de verhuurder is.<sup>164</sup> Deze interpretatie van het artikel is conform de oorspronkelijke bedoeling van art. 7A:1612 BW (bescherming tegen een latere eigendomsoverdracht door de verhuurder). Het huurrecht wordt *niet* langer, zoals in het huidige recht, beschermd tegen beperkte rechten die al bestaan op het moment van verhuring, noch tegen een overdracht van dergelijke oudere rechten of een overdracht op grond van een *ouder* hypotheekrecht. Die uitleg naar huidig recht is te ruim, want betekent een ongebreidelde en grenzeloze toepassing van art. 7A:1612 BW *zodra* zich enige botsing met een beperkt recht voordoet.

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW kan het niet langer een vraag zijn `wie de verhuurder is' (zie paragraaf 7.2.1, onder 1). Indien een gerechtigde tot een *na* het huurrecht totstandgekomen beperkt recht het huurrecht tegen zich moet laten gelden, is het niet nodig dat hij - zoals art. 7:226 lid 1 Ontwerp BW thans voorstaat - verhuurder wordt. Ook de verdeeldheid en onzekerheid, beschreven bij punt 2 van paragraaf 7.2.1, worden ondervangen in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW. Een bestaand huurrecht kan niet worden aangetast door, het zij herhaald, een *latere* vestiging van een beperkt recht (of de overdracht daarvan) en evenmin door een overdracht van een beperkt recht waarbij de overdragende beperkt gerechtigde *zélf* de verhuurder is. Ook aan de anomalie, beschreven bij punt 3 van paragraaf 7.2.1 komt een einde in de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW. De grondeigenaar bij erfpacht, de pandhouder en de retentor hebben daarin, anders dan in het thans voorgestelde Ontwerp BW, ge en bescherming nodig tegen *latere* huurrechten. De kwalijke en niet te rechtvaardigen rechtsongelijkheid ten aanzien van de beslaglegger (bescherming ex art. 505 lid 2 Rv) en de hypotheekhouder (die in het huidige recht een huurbeding moet opnemen in de hypotheekakte) verdwijnt. Volledigheidshalve zij hierbij opgemerkt, dat in de beperkte uitleg  ok dat huurbeding overbodig is: een bestaand hypotheekrecht kan evenmin aangetast worden door latere huurrechten. Tenslotte punt 4 van paragraaf 7.2.1. Zoals onder meer aldaar betoogd en voorts ook uit dit tiende hoofdstuk voortvloeit, berust de uitdrukkelijke continuering van de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, die zelfs als `principiële hoofdregel' wordt neergelegd in art. 7:226 lid 2 Ontwerp BW, op een misvatting.

Hoe de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW uitwerkt voor de artikelen 7:226 en 7:227 Ontwerp BW, is reeds hierboven beschreven in paragraaf 10.3.2 sub f. Verwezen mag worden naar dit onderdeel.

## 10.6. Conclusie hoofdstuk 10

In de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW wordt dit artikel slechts geacht een *bestaand* huurrecht te beschermen. In essentie en in oorsprong ziet het op  en situatie: verkoop en levering van het verhuurde pand door de eigenaar van dat pand. Op grond van het wettelijk systeem zoals neergelegd in de artikelen 3:8 en 3:98 BW beschermt het artikel ook tegen

<sup>164</sup>Eerder zette ik  en en ander uiteen in WPNR 6395 (2000), p. 214-217, onder 4.

#### EIGEN OPVATTING: EEN BEPERKTE UITLEG VAN ART. 7A:1612 BW

1. latere vestiging van een hypotheekrecht op een reeds verhuurd pand door de eigenaar/verhuurder;
2. latere vestiging van een (ander) beperkt recht op een reeds verhuurd pand door de eigenaar/verhuurder;
3. overdracht van het onder 2 bedoelde later gevestigde beperkte recht;
4. overdracht van een beperkt recht, terwijl de beperkt gerechtigde zélf de verhuurder is.

De beperking in de uitleg ten opzichte van het huidige recht bestaat hierin, dat art. 7A:1612 BW niet langer geacht wordt ook een *later* huurrecht te beschermen, een huurrecht dus dat is verleend *nadat* een beperkt recht reeds was gevestigd. Zo komt het artikel geen werking toe in de situatie 'huur-na-hypotheek': indien een onverhuurd registergoed eerst wordt verhypotheckeerd, daarna verhuurd en vervolgens uitgewonnen door de hypotheekhouder, dan kan de hypotheekhouder als *ouder* gerechtigde datgene in veiling brengen, wat hem bij de hypotheekvestiging werd verbonden: een *ou*verhuurd goed. Verkreeg hij een hypotheekrecht op een verhuurd goed en werd het goed na de hypotheekvestiging opnieuw en op dezelfde voorwaarden als het eerdere huurrecht verhuurd, dan kan de hypotheekhouder - als in wezen *jonger* gerechtigde - ook slechts datgene in veiling brengen, wat hem bij de hypotheekvestiging werd verbonden: een verhuurd goed. Verkreeg hij een hypotheekrecht op een verhuurd goed en werden er huurpenningen na de hypotheekvestiging vooruitbetaald of huurvorderingen bij voorbaat gecedeerd of verpand, dan zijn de artikelen 3:9 lid 4 en 3:227 lid 2 BW het uitgangspunt voor de oplossing. Nog niet-opeisbare burgerlijke vruchten behoren tot het hypothecair verbonden goed. De eigenaar/hypotheekgever kan niet ten nadele van de hypotheekhouder beschikken over toekomstige huurvorderingen, dan wel rechtshandelingen verrichten met betrekking tot toekomstige huurpenningen.

De bescherming die in het huidige art. 3:264 BW voor de hypothecaire executie is toegedacht aan de huurder (en de pachter), kan in de beperkte uitleg zonder bezwaren gehandhaafd worden.

Gebleken is in hoofdstuk 10, dat het resultaat in de beperkte uitleg datgene is waar in het oude en het huidige BW naar gestreefd werd en wordt (maar dat daarin tot op heden niet in evenwichtige vorm bereikt is): eerbiediging van een eenmaal gevestigd hypotheekrecht en tegelijkertijd bescherming van een eventueel aanwezige huurder tegen onnodige ontruiming.

In bijna twee voorbije eeuwen (1820 tot heden) is de rechtsontwikkeling in deze blijven steken in 'oplossing' van een deelprobleem en in veroorzaking daarmee van vele nieuwe onduidelijkheden en interpretatieproblemen. Het belangrijkste voorbeeld is het feit, dat de hypotheekhouder een huurbeding moet maken en inroepen om te voorkomen, dat hij als gevolg van art. 7A:1612 BW een latere verhuring tegen zich moet laten gelden. Art. 3:264 BW (art. 1230 Oud BW) lijkt de oplossing. De moeilijkheden beginnen dan echter pas goed....

De beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW biedt een gelegenheid om de hoge prijs voor de oorspronkelijke denkfout of vergissing, de te ruime uitleg van het artikel, niet langer te betalen. De 'oplossing' met het huurbeding is niet nodig, en ook de zichzelf genererende onduidelijkheden en vooral de niet aflatende rechts~~o~~zekerheid voor alle betrokkenen zijn pijnlijk overbodig, omdat de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW volstrekt overbodig is.

## Samenvatting

### 1. Algemeen overzicht

Al bijna twee eeuwen lang (1820-heden) zorgen het adagium 'koop breekt geen huur' (art. 7A:1612 BW) en het huurbeding (art. 3:264 BW, art. 1230 Oud BW) voor grote rechtsonzekerheid. In essentie gaat het daarbij steeds om de botsing tussen een hypotheekhouder en een latere huurder, dat wil zeggen, een huurder die zijn huurrecht verkreeg nádat het hypotheekrecht reeds was gevestigd (de situatie 'huur-na-hypotheek'). De vragen en onduidelijkheden die telkens weer ontstaan, lijken voort te komen uit een permanent bestaande onevenwichtigheid: oplossing van het ene (deel)probleem roept onontkoombaar één of meer andere in het leven.

In deze studie is onderzocht of achterhaald kan worden waar die onevenwichtigheid uit voortkomt. Enkele grote vraagstukken in het huidige systeem rond de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW zijn aan een analyse onderworpen (hoofdstukken 2 tot en met 7). De uitkomsten zijn eenduidig: er is telkens sprake van een te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Dit artikel wordt kennelijk algemeen geacht óók van toepassing te zijn op de situatie 'huur-na-hypotheek', en het is die toepasselijkheid die het systeem van het burgerlijke recht uit balans brengt en houdt. Korter gezegd: de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW is hier de onuitputtelijke bron van problemen (gebleken).

De te ruime uitleg en de daaruit voortvloeiende complicaties dienen zich aan zodra de hypothecaire schuldeiser het verbonden goed wil gaan uitwinnen en bij de executie te maken krijgt met de latere huurder. Wanneer het adagium 'koop breekt geen huur' geacht wordt óók te gelden bij de executieverkoop, kan het alsdan bestaande huurrecht niet aangetast worden door de hypotheekhouder. Hij is in beginsel gehouden dat latere huurrecht te respecteren. Zou van deze gehoudenheid geen sprake zijn, dan zou hij aan het huurbeding van art. 3:264 BW geen behoefte hebben. Op dit huurbeding - dat hij in de notariële akte van hypotheekvestiging zal moeten hebben (doen) opnemen - zal hij bij de executie een beroep moeten doen om het verbonden goed vrij van huur te kunnen overdragen.<sup>2</sup> Het is in deze constellatie dat de in dit onderzoek besproken vraagstukken spelen.

Voor de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW bestaat geen enkele rechtvaardiging of reden, zo blijkt uit het vervolg van het onderzoek (hoofdstukken 8 en 9). Er is zelfs sprake van een wonderlijke paradox: hetgeen de wetgever met de regeling van de huurbedingmaterie voor ogen staat wordt onmogelijk gemaakt door die huurbedingregeling zelf. Het doel van de huurbedingregeling is namelijk: evenwicht in de belangentegenstelling die bestaat tussen hypotheekhouder en huurder. De huurder dient beschermd te worden tegen (onnodige) ontruiming van het door hem gehuurde, de hypotheekhouder heeft een beschermenswaardig belang bij het waardebehoud van het verbonden goed, zulks gezien de aard en strekking van zijn hypotheekrecht: zekerheid voor de voldoening van zijn vorderingen. Het effect van de

---

<sup>1</sup>Onder 'koop' dient te worden verstaan: eigendomsovergang/levering.

<sup>2</sup>Het doel van het beroep op het huurbeding is, het verbonden goed vrij van het huurrecht te kunnen verkopen. Als stelregel geldt namelijk, dat een goed in verhuurde staat bij verkoop ongeveer 60 % oplevert ten opzichte van de waarde in onverhuurde staat (100%). Met de regeling van het huurbeding heeft de wetgever beoogd de hypothecaire schuldeiser in staat te stellen de waardedaling van het verbonden registergoed tegen te gaan. Die waardedaling kan ook het gevolg zijn van vooruitbetaling van huurpenningen en cessie of verpanding van huurvorderingen.

huurbedingregeling is echter: een ernstige verstoring van dat evenwicht of, beter, een versterking van een reeds bestaande verstoring ervan. Namelijk, met de opneming van een huurbedingartikel in de wet (art. 1230 Oud BW, art. 3:264 BW) is de belangrijkste onevenwichtigheid al een feit: de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Zonder die uitleg immers zou een huurbedingartikel niet nodig zijn. Door en met de opname van het huurbeding in de wet is een hypotheekhouder er nu al bijna twee eeuwen zeker van, dat zijn (goederenrechtelijke) hypotheekrecht in beginsel aangetast kan worden door een na de vestiging te verlenen (persoonlijk) huurrecht (ter vergelijking: een na de hypotheekvestiging totstandgekomen beperkt recht kan dat eerdere hypotheekrecht nimmer aantasten). De 'reparatie' van deze onzekerheid met het huurbeding heeft slechts nieuwe onduidelijkheden en complicaties gebracht en daarmee de onzekerheid versterkt. Anders uitgedrukt: de fundamentele onbalans die het gevolg is van de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, is met de installatie van art. 3:264 BW (art. 1230 Oud BW) impliciet gecodificeerd en vervolgens toegenomen.

Een duidelijk voorbeeld van die toename is de in art. 3:264 lid 2 BW neergelegde (kennelijke) relatieve werking van het huurbeding (besproken in hoofdstuk 6). Zonder de te ruime uitleg zou een hypotheekhouder zijn recht in het algemeen kunnen invoeren tegen ieder later goederenrechtelijk gerechtigde (goederenrechtelijke prioriteitsregel), maar toch zeker tegen een persoonlijk gerechtigde tot het verbonden goed, ongeacht of deze zijn recht eerder of later dan het hypotheekrecht verkreeg. Als gevolg van de te ruime uitleg en het correctief bedoelde huurbeding is die regel verworden tot een 'relatieve': de invoering van het huurbeding leidt slechts tot vernietiging van het huurrecht ten behoeve van degene die het beding invoert (vgl. art. 3:264 lid 2 BW). In een situatie waarin sprake is van 'eerste hypotheek - tweede hypotheek - huur' is de fundamentele onevenwichtigheid hiermee in het volle licht getreden, en wel in de gedaante van grote rechtsonzekerheid: op grond van de 'relatieve' werking van het huurbeding is de niet-executerende hypotheekhouder (eerste of tweede) kennelijk wél aan het latere huurrecht gebonden. Een uitgebreide discussie over dit ongerijmde resultaat heeft, oneerbiedig gezegd, niets opgeleverd (zie de weergave in hoofdstuk 6). De rechtsonzekerheid is en blijft een gegeven in de te ruime uitleg.

Het mag gezien het vorenstaande geen verwondering wekken, dat in deze studie wordt gepleit voor verlating van de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. In hoofdstuk 10 wordt voorgesteld om het artikel beperkt uit te leggen: het is dan niet langer van toepassing op de situatie 'huur-na-hypotheek'. De oorzaak van de fundamentele verstoring van het evenwicht in deze materie wordt dan weggelaten, aan een correctie met de 'hulp' van art. 3:264 BW is geen behoefte (art. 3:264 BW kan vervallen), en aan de verdere verstoringen als gevolg van dit huurbedingartikel, verstoringen die het zicht op de werkelijke oorzaak steeds verder vertroebelen, wordt niet langer toegekomen (laat staan dat praktijk en wetenschap zich daarover het hoofd moeten breken). Het behoeft welhaast geen betoog, dat een dergelijke beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW de rechtszekerheid zeer ten goede komt. Het door de wetgever voorgestane evenwicht tussen hypotheekhouder en (latere) huurder wordt op eenvoudige wijze bereikt. Belangrijk is daarbij, dat de verworvenheden ter bescherming van de belangen van de huurder zoals thans neergelegd in de leden 5 tot en met 8 van het huidige art. 3:264 BW, behouden kunnen blijven.

## 2. Overzicht per hoofdstuk

In het onderstaande overzicht wordt voor de hoofdstukken 1 tot en met 9 gesproken van 'de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW'. Dit is, zoals hierboven aangegeven, de algemeen veronderstelde toepasselijkheid van het artikel op de situatie 'huur-na-hypotheek'. Uit de analyses in de hoofdstukken 2 tot en met 7 blijkt, dat deze uitleg een *te* ruime is. Die aanduiding of

kwalificatie echter wordt gereserveerd voor het tiende hoofdstuk.

### *Hoofdstuk 1*

In hoofdstuk 1 worden, telkens in drie onderdelen - korte beschrijving, wetsgeschiedenis en ratio - de voor dit onderzoek belangrijkste artikelen besproken (de artikelen 7A:1612 BW, 34 Pw (Pachtwet), 7:226 en 7:227 Ontwerp BW, 1230 Oud BW en 3:264 BW). Het adagium 'koop breekt geen huur (pacht)' is neergelegd in de artikelen 7A:1612 BW en 34 Pw. De ratio van deze artikelen is bescherming van de huurder/pachter, op billijkheidsgronden, tegen eigendomsoverdracht van het gehuurde door de verhuurder/verpachter. In het nieuwe huurrecht (wetsvoorstel 26 089) zal deze oorspronkelijke ratio worden overgenomen in de artikelen 7:226 en 7:227 Ontwerp BW. In de huidige redactie van die artikelen wordt echter de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW in vier opzichten versterkt. In hoofdstuk 7 wordt op één en ander nader ingegaan.

Aan de ratio van het oorspronkelijke huurbedingartikel, 1230 Oud BW (bescherming hypothecaire schuldeisers tegen verhuur of vooruitbetaling van huurvorderingen) moet de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW ten grondslag hebben gelegen: bij executie door de hypotheekhouder wordt ook de huurder die zijn recht verkreeg na de hypotheekvestiging, beschermd. Van voorstellen vanuit het parlement om het latere huurrecht bij executie te doen vervallen, wilde de wetgever niet weten; hij vreesde een te grote rechtsonzekerheid voor de huurder: deze zou er nimmer zeker van zijn of hij het gehuurde ineens zou moeten ontruimen. Een principiële en rechtssystematische discussie daaromtrent werd echter niet gevoerd. Sterker, de wetgever riep het huurbedingartikel, 1230 Oud BW in het leven en met dit artikel was en is de huurder niet minder zeker van het voortbestaan van zijn huurrecht. De huurder verkreeg met het huurbeding een pseudo-bescherming; tot op heden kan hij ieder moment immers geconfronteerd worden met een executie van het door hem gehuurde, waarbij het huurbeding wordt ingeroepen. Het burgerlijk recht werd bovendien voorzien van een fundamentele onevenwichtigheid (de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW) en van een versterking van die onbalans via het nodige 'pleisterwerk' van het huurbeding, bedoeld om de onevenwichtigheid te corrigeren. De vergaande en - gezien het onjuiste uitgangspunt - overbodige complicaties en interpretatieproblemen konden zich gaan aandienen (zie de hoofdstukken 2 tot en met 7).

Met de opstelling van het huidige art. 3:264 BW, de opvolger van art. 1230 Oud BW, is in dat uitgangspunt, de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, geen wijziging gekomen. De wetgever heeft de aandacht vooral gericht op een nadere verfijning van de belangenafweging tussen latere huurder en hypotheekhouder, met als doel: evenwicht tussen deze partijen. Aan de oorzaak van het ontbreken van dat evenwicht, de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, is echter geen aandacht besteed. Het mag dan ook geen verwondering wekken dat art. 3:264 BW een uitzonderlijk lange wetsgeschiedenis kent. Evenmin, dat ondanks de huidige (lange) tekst van het artikel het bereiken van het nagestreefde evenwicht fundamenteel onmogelijk blijkt te zijn en dat 'het huurbeding' voortdurend tot ver(der)gaande complicaties en onduidelijkheden leidt. De rechtsonzekerheid blijft een feit.

Ook aan het pachtbeding (art. 3:264 lid 3 BW) ligt, evenals aan het huurbeding, onontkoombaar de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW ten grondslag: een hypothecaire schuldeiser is in beginsel gebonden aan een verpachting die tot stand komt nadat het hypotheekrecht is gevestigd.

*Hoofdstuk 2*

In de hoofdstukken 2 tot en met 7 worden de belangrijkste vragen en complicaties betreffende de huurbedingmaterie besproken en vervolgens geanalyseerd. Begonnen wordt in hoofdstuk 2 met problemen die verband houden met de totstandkoming en de inhoud van een huurbeding. Achtereenvolgens komen aan de orde: de (rechts)onzekerheid omtrent de functie of noodzaak van art. 3:264 BW (paragraaf 2.2); de bevoegdheid van de hypotheekgever om het verhypothekerde goed te verhuren (paragraaf 2.3); de verwickelingen met betrekking tot het verbod om huur- of pachtpenningen vooruit te betalen (art. 3:264 lid 1 BW) (paragraaf 2.4); onduidelijkheid rond de vraag welke betekenis moet worden toegekend aan de voorafgaande toestemming voor, dan wel het gedogen van een latere verhuur door de hypotheekhouder (paragraaf 2.5).

Uit de analyses in deze paragrafen blijkt telkens, dat de oorzaak van de vragen ligt in de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW: toepasselijkheid op de situatie 'huur-na-hypotheek'. Wordt deze oorzaak weggenomen door het artikel beperkt uit te leggen, dan wordt aan de hier besproken problemen niet toegekomen (hoofdstuk 10).

*Hoofdstuk 3*

Hoofdstuk 3 is gericht op de problemen die ontstaan indien en zodra toekomstige huurvorderingen bij voorbaat worden gecedeerd of verpand dan wel bij voorbaat worden beslagen *nadat* er reeds een recht van hypotheek is gevestigd op het alsdan reeds verhuurde of nadien nog te verhuren goed. Zo is onzeker, hoe de verhouding is tussen de artikelen 3:264 BW en 475h Rv in het geval 'hypotheekvestiging - verhuur - beslag op toekomstige huurvorderingen - executie door de hypotheekhouder'. Onduidelijk is daarbij onder meer welk effect invoering van het huurbeding bij de executie heeft op de huurverhouding (paragraaf 3.2). In de paragrafen 3.3 en 3.4 worden enkele vragen besproken aan de hand van twee situaties: 'hypotheek - huur - cessie/verpanding van toekomstige vorderingen - executie door de hypotheekhouder' en 'huur - hypotheek - cessie/verpanding van toekomstige vorderingen - executie door de hypotheekhouder'. In de eerstgenoemde paragraaf gaat het bijvoorbeeld om de vraag, of de hypotheekhouder kan opkomen tegen de latere cessie of verpanding die in strijd met het huurbeding wordt verricht door de hypotheekgever. De rechtspraak van de Hoge Raad in combinatie met de regeling van het huurbeding biedt ruimte voor uiteenlopende en vooral onderling tegenstrijdige antwoorden. In paragraaf 3.4 speelt een andere belangrijke vraag: wie heeft na de executie door de hypotheekhouder in de bovengenoemde twee situaties recht op de huurvorderingen die ontstaan: de koper van het registergoed of de cessionaris/pandhouder? Het aantal mogelijke - en onderling eveneens zeer tegenstrijdige - antwoorden en verklaringen met betrekking tot deze vraag is zo groot, dat van een duidelijkheidsimpasse gesproken moet worden. In twaalf subparagrafen wordt één en ander uit de doeken gedaan (paragraaf 3.4.1 tot en met 3.4.12).

Het frappante aan de gehele spraakverwarring - want daar moet men toch wel van spreken - is, dat ook hier de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW als oorzaak van de problemen moet worden aangewezen (paragraaf 3.5, analyse). Er is telkens sprake van vervreemding door een schuldeiser van de eigenaar-verhuurder krachtens een hypotheekrecht dat *anterieur* is aan het huurrecht, de cessie of verpanding of het beslag. De onduidelijkheden dienen zich telkens aan in, en zijn te herleiden tot deze situatie. Het feit echter van ouder gerechtigd zijn of opkomen

krachtens een ouder hypotheekrecht wordt in het huidige recht (literatuur en rechtspraak) stelselmatig veronachtzaamd, kennelijk omdat aan art. 7A:1612 BW werking wordt toegekend op het moment van executie. Ogenschijnlijk is er dan namelijk sprake van een '(ver)koop-na-huur' en ogenschijnlijk is dan het adagium 'koop breekt geen huur' van toepassing. In werkelijkheid echter wordt aan art. 7A:1612 BW dan een ruime werking toegekend, een werking die het artikel niet toekomt en die enkel nadelige 'bijwerkingen' heeft (zoals blijkt uit de hier besproken vragen). Wordt de ruime uitleg verlaten - in hoofdstuk 10 wordt een beperkte interpretatie van art. 7A:1612 BW voorgesteld en uitgewerkt -, dan wordt aan geen van de vraagstukken zoals in hoofdstuk 3 besproken, toegekomen. Het behoeft geen betoog, dat de rechtszekerheid bijzonder gediend zal zijn met het wegvallen van de kakofonische discussie die naar huidig recht op dit terrein bestaat en die resulteert in een kluwen van meningen, verklaringen en 'oplossingen'.

#### *Hoofdstuk 4*

De procedure voor inroeping van het huurbeding is ingewikkeld en onduidelijk. Zo is het de vraag welke betekenis en inhoud de term inroeping heeft. De wetgever heeft met de inroepingsprocedure gestreefd naar een evenwichtige regeling van de belangentegenstellingen in de situatie 'huur-na-hypotheek', maar de huidige fijnmazige regeling is uitgemond in het tegendeel: onduidelijkheid en gebrek aan evenwicht. De oorzaak: een ruime uitleg van art. 7A:1612 BW (paragraaf 4.2). Deze uitleg is ook de oorzaak van andere vragen betreffende de inroeping, vragen die in het huidige recht een prominente plaats innemen (omdat in dat huidige recht nauwelijks of niet eenduidige antwoorden kunnen worden gevonden). Men zie de bespreking en analyse van de vragen: 'Wie is 'de koper' in art. 3:264 BW?' (paragraaf 4.3); 'Welke is de herkomst van het recht van de koper om ontruiming te vorderen?' (paragraaf 4.4) en: 'Kan inroeping van het huurbeding verplicht zijn?' (paragraaf 4.5).

Indien nu bedacht wordt dat voor de ruime uitleg - toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek' - geen afdoende rechtvaardiging is aan te wijzen (hoofdstukken 8 en 9), is het sterk aan te bevelen om de uitleg te verlaten en art. 7A:1612 BW beperkt te interpreteren (hoofdstuk 10). In een dergelijke beperkte interpretatie - geen toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek' - is een huurbeding overbodig en wordt aan de complicaties en de onduidelijkheden rond de 'inroeping' van art. 3:264 BW niet toegekomen.

#### *Hoofdstuk 5*

Ook wanneer een huurrecht niet kenbaar is voor een hypotheekhouder bij de hypotheekvestiging - ongeacht de vraag of het huurrecht dan al bestaat of eerst daarna wordt verleend -, is in de opvatting van de wetgever en de Hoge Raad de hypotheekhouder in beginsel ex art. 7A:1612 BW aan dat niet-kenbare huurrecht gebonden. In de situatie 'huur-na-hypotheek' spelen daarbij diverse complicaties (paragraaf 5.2). Zo zijn de momenten 'hypotheekvestiging' en 'executie door de hypotheekhouder' beide onmisbaar om de kennelijke ruime toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW te kunnen verklaren, maar zij leiden elk tot onderling onverenigbare resultaten. Hoe voorts te oordelen wanneer de hypotheekhouder niet op de hoogte was of kon zijn van de latere verhuring, noch bij de hypotheekvestiging, noch bij de executie? En moet een huurder de registers raadplegen om een beroep op art. 7A:1612 BW te

## SAMENVATTING

kunnen doen? Spelen de artikelen 7:15 en 7:19 BW in deze een rol (risico bij koop van een met een last behepte zaak)? Uit de analyse in deze paragraaf blijkt, evenals in de vorige drie hoofdstukken, dat de problematiek te herleiden is tot de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Zonder die uitleg wordt aan de in paragraaf 5.2 besproken problemen niet toegekomen.

Onderzocht zijn voorts de gevallen van een onkenbaar huurrecht in de situatie 'hypotheek-na-huur' en in het eigenlijke art. 7A:1612 BW-geval, 'koop (levering)-na-huur'. Wellicht namelijk zou er een verklaring voor de ruime toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek', ook bij een onkenbaar huurrecht, uit afgeleid kunnen worden. Helaas is het tegendeel het geval, zo blijkt in de paragrafen 5.3 en 5.4. In deze situaties bestaat grote rechtsonzekerheid omtrent hetgeen geldend recht is bij onkenbare huur. Zo valt de beslissing in twee recente arresten, beide betreffende het atypische geval dat een niet-eigenaar verhuurt en vervolgens, inmiddels eigenaar geworden, een hypotheekrecht vestigt, geheel tegengesteld uit. In het ene geval dient de huurder het verhuurde goed te verlaten, in het andere krijgt hij bescherming en heeft de hypotheekhouder ineens een verhuurd goed als onderpand. Uit de analyse van deze gevallen is voornamelijk slechts af te leiden dat, behalve de omstandigheden van het geval, ook rechtspolitieke uitgangspunten een rol spelen, alsmede de vraag of en zo ja, wanneer en in welke omvang, de hypotheekhouder en/of de huurder een onderzoeksplicht hebben. Bovendien bestaat er een zeer groot verschil van inzicht over de vraag of de huurder, om beschermd te worden door art. 7A:1612 BW, zich in het feitelijke genot van het gehuurde moet bevinden. De wetgever, de Hoge Raad en een deel van de literatuur antwoorden ontkennend. Een ander, aanzienlijk deel van de literatuur antwoordt bevestigend. Deze opvattingen worden uitgebreid op eventuele consequenties voor de situatie 'huur-na-hypotheek' onderzocht.

### *Hoofdstuk 6*

Inroeping van het huurbeding wordt algemeen verondersteld 'relatief' te werken: een rechtshandeling die in strijd met het beding is verricht, wordt slechts vernietigd ten behoeve van de inroepende schuldeiser en niet verder dan met diens recht in overeenstemming (art. 3:264 lid 2 BW). Aan de huurovereenkomst die in strijd met het beding is gesloten, wordt alleen de werking ontzegd jegens de hypotheekhouder die het beding inroept. Voor het overige blijft de huurovereenkomst bestaan (tussen de verhuurder en de huurder). Met betrekking tot deze regel van art. 3:264 lid 2 BW bestaan naar huidig recht niet mis te verstane complicaties en vraagstukken. Zo is het volstrekt onduidelijk welke betekenis moet worden toegekend aan de 'vernietiging' in art. 3:264 lid 2 BW. In paragraaf 6.2 worden de diverse - elkaar niet verdragende - mogelijkheden besproken. Een volgende complicatie die voortvloeit uit de 'relatieve werking' is deze (paragraaf 6.3): moet een executerende eerste hypotheekhouder bij de afweging in welke juridische staat hij het verbonden goed zal gaan uitwinnen (onverhuurd of verhuurd, inroeping huurbeding ja/nee), rekening houden met een lager gerangschikte hypotheekhouder die zelf ook het huurbeding heeft opgenomen in de hypotheekakte, maar dit niet kan inroepen omdat hij niet de executerende partij is? Kan de eerste hypotheekhouder door de tweede hypotheekhouder tot inroeping worden gedwongen, wellicht op straffe van misbruik van bevoegdheid? Het huidige recht met de veronderstelde relatieve werking van art. 3:264 lid 2 BW drijft de eerste hypotheekhouder hier regelrecht in een impasse, terwijl een uitweg richting duidelijkheid en rechtszekerheid, bijvoorbeeld met behulp van de leerstukken misbruik van bevoegdheid en/of de redelijkheid en de billijkheid, afwezig is. In paragraaf 6.4



wordt verslag gedaan van een welhaast zotte (of, zo men wil, trieste) complicatie bij de veronderstelde relatieve werking. Omdat namelijk aan de huurder die zijn recht door een executie ziet vervallen, een vergoedingsrecht is toegekend met werking 'onmiddellijk na hen tegen wie hij zijn recht niet kon inroepen,' (art. 3:264 lid 7 BW), kan op grond van de 'relatieve' werking van art. 3:264 lid 2 BW verdedigd worden, dat in de situatie 'eerste hypotheek-tweede hypotheek-huur' de huurder met zijn vergoedingsrecht direct na de eerste hypotheekhouder komt. Dat betekent: vóór de tweede hypotheekhouder, óók wanneer deze zelf een huurbeding had gemaakt en het huurrecht (dus) jegens deze niet inroepbaar was. Voorwaar een bizar resultaat: het huurrecht is nu zelfs in te roepen tegen twee eerdere hypotheekhouders!

De complicaties rond de veronderstelde relatieve werking vloeien, zo blijkt uit de analyses in deze paragrafen, rechtstreeks voort uit de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Indien art. 7A:1612 BW namelijk van toepassing wordt geacht op een verhuuring nadat het te verhuren goed al is verhypothecerd, ontstaat er de behoefte aan een huurbeding (reparatie). Met de opname van dit beding werd echter, zo blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 3:264 lid 2 BW, gevreesd voor een inroeping van dit beding ook wanneer zulks niet nodig zou zijn voor het verkrijgen van de vereiste opbrengst (vereist om de vordering van de veilende hypotheekhouder te kunnen voldoen). Deze correctie op de reparatie is verwoord in art. 3:264 lid 2 BW als een werking die zich beperkt tot de relatie hypotheekhouder-hypotheekgever. De veronderstelde relatieve werking was geboren. Met de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW ontstond de behoefte aan een vernietiging van het latere huurrecht die geen vernietiging is. In schema: ruime uitleg van art. 7A:1612 BW (toepasselijkheid op 'huur-na-hypotheek'), reparatie met een huurbeding (art. 3:264 lid 1 BW), correctie op de reparatie (art. 3:264 lid 2 BW) met als gevolg: een veronderstelde relatieve werking, vragen en onduidelijkheden, onderling tegenstrijdige 'oplossingen', rechtsonzekerheid.

### *Hoofdstuk 7*

In het voorgestelde huurrecht (wetsvoorstel 26 089) zullen de artikelen 7:226 en 7:227 Ontwerp BW in de huidige redactie tot de nodige complicaties leiden. In enkele gevallen is niet duidelijk wie er als verhuurder moet worden aangemerkt; een 'bescherming' tegen een later huurrecht zoals bestaat voor de hypotheekhouder (art. 3:264 BW) en de beslaglegger (art. 453a en 505 lid 2 Rv) ontbreekt voor bijvoorbeeld een grondeigenaar bij erfpacht, een pandhouder en een retentor. Onduidelijkheid bestaat ook voor de situatie waarin een bestaand huurrecht botst met een nadien gevestigd recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal (in de artikelen 7:226 en 7:227 Ontwerp BW wordt de regel 'eigendomsoverdracht breekt geen huur' van overeenkomstige toepassing verklaard op de vestiging en overdracht van beperkte rechten); de wetgever continueert in art. 7:226 Ontwerp BW welbewust de (te) ruime uitleg van art. 7A:1612 BW.

Uit de analyse blijkt wederom, dat de problemen voortkomen uit de ruime uitleg van - thans - art. 7A:1612 BW, alsmede uit het feit dat de wetgever zich niet de vraag stelt, of wil stellen, of het huurrecht al bestaat of niet ten tijde van de vestiging van het beperkte recht. De ruime uitleg wordt in het Ontwerp BW overgenomen en bovendien in vier opzichten versterkt. In de eerste plaats namelijk wordt in art. 7:226 lid 2 Ontwerp BW expliciet bepaald: 'Overdracht door een schuldeiser van de verhuurder wordt met overdracht door de verhuurder gelijkgesteld.' Reeds bij handhaving van deze bepaling wordt de bron van de in de hoofdstukken 2 tot en met 7 besproken problemen uitdrukkelijk gehandhaafd in het nieuwe huurrecht. De tweede versterking ligt in art. 7:226 lid 1 Ontwerp BW: in dit artikellid wordt aan de huurder bescher-

## SAMENVATTING

ming geboden tegen 'vestiging of overdracht van een recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal op de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft', ongeacht de vraag of het desbetreffende beperkte recht al bestond ten tijde van de verhuuring of niet. De derde versterking is ook neergelegd in art. 7:226 lid 1 Ontwerp BW en brengt mee, dat een huurder onder omstandigheden te maken kan krijgen met - tenminste - twee verhuurders, waarbij de onderlinge verhouding tussen die verhuurders zich niet goed laat denken. In art. 7:227 wordt voorts nog eens vastgesteld, en dat is de vierde en laatste versterking, dat beperkt gerechtigden, voor zover nog niet begrepen onder art. 7:226 lid 1 Ontwerp BW, zich bij of na vestiging of overdracht van hun recht een alsdan bestaand huurrecht dienen te respecteren.

Het doel dat de wetgever met deze benadering lijkt te hebben, is dat telkens het verhuurderschap op de verkrijger overgaat, zodat de huurder niet komt te zitten met een verhuurder die over de zaak geen zeggenschap heeft. Dit doel kan echter de ruime uitleg en de gevolgen daarvan niet verklaren, noch rechtvaardigen.

In de hoofdstukken 8 en 9 wordt onderzocht, of er een reden is voor een dergelijke ruime uitleg. Weegt deze op tegen de complicaties zoals in de hoofdstukken 2 tot en met 7 beschreven, vooral indien bedacht wordt, dat de moeilijkheden steeds rechtstreeks zijn te herleiden tot die ruime uitleg van art. 7A:1612 BW? Het antwoord is geheel negatief: er is geen rechtvaardiging voor de ruime uitleg, laat staan voor een versterking daarvan in het Ontwerp BW.

### *Hoofdstuk 8*

Is er een historische verklaring voor de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW? Zeer waarschijnlijk niet. Uit de in hoofdstuk 8 onderzochte rechtsstelsels (van de Romeinse tijd, via het Middeleeuwse en het inheemse/oud-vaderlandse recht tot heden) blijkt, dat zodra de kwestie 'koop breekt (geen) huur' ter sprake komt, de rechtspositie van de huurder of van een andere gebruiker van een (register/onroerend goed) wordt afgezet tegen die van de eigenaar/verhuurder en diens rechtsopvolger. In enkele algemene opmerkingen aangaande de rechtspositie van de huurder en gebruiksverhoudingen door de eeuwen heen wordt aangegeven, dat de gedachte aan de noodzaak van bescherming van een qua rechtspositie (en ook maatschappelijk?) zwakkere huurder/gebruiker, niet vreemd is geweest aan enig rechtsstelsel (paragrafen 8.2 en 8.3). In het Romeinse recht (paragraaf 8.4) werd aan de gevolgen van een streng uitgangspunt, 'koop breekt huur', bijvoorbeeld ontkomen door een beding tussen verkoper en koper, waarbij de koper zich verbond om de huurder in het gehuurde te laten. Deed hij dit niet, dan troffen de schadevergoedingsacties van de huurder en de verkoper uiteindelijk de koper zelf. Soortgelijke 'constructies' ter bescherming van de huurder worden aangetroffen in de periode die loopt van het Romeinse recht tot aan de negentiende eeuw (paragraaf 8.6). Wanneer in deze periode al betogen worden aangetroffen over de confrontatie tussen een huurder en een schuldeiser van de verhuurder (paragraaf 8.5), blijkt dat het adagium 'koop breekt geen huur' impliciet geacht wordt ook de situatie 'huur-na-hypotheek' te omvatten. De vraag echter waarom een ouder gerechtigde schuldeiser (hypotheekhouder) in beginsel geacht wordt een huurrecht te moeten respecteren, wordt niet gesteld (laat staan beantwoord).

Dit laatste geldt ook voor het recht van de negentiende en twintigste eeuw (op enkele schrijvers uit de twintigste eeuw na (Van Oven en Roes en, minder eenduidig, Van Velten); zie hoofdstuk 9). Paragraaf 8.7 is de neerslag van een onderzoek naar de (deels Franse) ontstaansgeschiedenis van de artikelen 7A:1612 en 3:264 BW en 1230 Oud BW. Aanknopingspunten voor een verklaring van de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW zijn hierin nauwe-

lijks te vinden. Met betrekking tot het huidige art. 7A:1612 BW speelde één vraagpunt een grote rol in de parlementaire discussies, namelijk of een koper, na executie van het verhuurde goed door een (hypothecaire) schuldeiser van de verhuurder, de huurovereenkomst zou kunnen vernietigen. Aan deze vraagstelling moet het uitgangspunt ten grondslag hebben gelegen, dat de anterior gerechtigde hypotheekhouder het (latere) huurrecht moest respecteren. Een verklaring voor dit uitgangspunt met de mandaatsleer is niet zeer waarschijnlijk (paragraaf 8.7.5). Voorts wordt in de parlementaire beraadslagingen over art. 1230 Oud BW (rond de jaren 1820-1830) tweemaal een opmerking uit de Tweede Kamer aangetroffen over de kennelijke inroepbaarheid van het huurrecht jegens een anterior gerechtigde hypotheekhouder (paragraaf 8.7.3). Onduidelijk is echter of daarmee bedoeld werd een principiële en rechtssystematische discussie teweeg te brengen. Uit het antwoord van regeringszijde op de opmerkingen blijkt zulks in ieder geval niet: er is noch een verantwoording voor de ruime uitleg, noch een aanwijzing voor een principiële discussie in te vinden. Die verantwoording of verklaring ontbreekt ook in de overige wetsgeschiedenis, in paragraaf 8.7 onderzocht. De 'beginselmatige' toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW in de situatie 'huur-na-hypotheek' wordt telkens impliciet aangetroffen.

#### *Hoofdstuk 9*

Sinds de totstandkoming van art. 7A:1612 BW in 1838 is menige theorie opgesteld om het artikel en zijn werking van een verklaring binnen het burgerlijke recht te voorzien. In hoofdstuk 9 worden deze redeneringen onderzocht op de vraag, of er wellicht een rechtssystematische verklaring is voor de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW. Die verklaring ontbreekt in de contractsovergang van rechtswege, die het artikel volgens de wetgever bewerkstelligt; hierin wordt de ruime uitleg slechts geconstateerd of zelfs voorondersteld (paragraaf 9.2). Ook op de 'espèce de réalité' van Opzoomer is art. 7A:1612 BW niet terug te voeren, sterker, met een dergelijke karaktertrek wordt het huurrecht 'goederenrechtelijker' dan de ruime werking van het artikel nu teweegbrengt (paragraaf 9.3). Diephuis hanteert bij de uitleg van art. 7A:1612 BW impliciet drie grondslagen van vermogensrecht (art. 1376 (Oud) BW; 'nemo plus' analoog; de indeling in goederen- en verbintenissenrecht), maar deze leiden tot onderling onverenigbare resultaten (paragraaf 9.4). De ruime werking van art. 7A:1612 BW is niet te verklaren uit interpretaties van art. 1354 (Oud) BW, en ook niet terug te voeren op een regeling zoals thans neergelegd in de artikelen 6:251 en 6:252 BW (paragraaf 9.5). Stelt men zich op het standpunt, dat het huurrecht goederenrechtelijk van aard is en dient te worden ingeschreven in de openbare registers, dan wordt niet alleen de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW ondervangen, maar is het artikel als geheel overbodig. Inschrijving van het huurrecht wordt echter niet haalbaar geacht (paragraaf 9.6). Niet waarschijnlijk is, dat art. 7A:1612 BW is te herleiden tot een beginsel van Oud-Hollands recht (paragraaf 9.7). In het standpunt dat met art. 7A:1612 BW een 'verbintenis uit de wet' wordt gecreëerd, is de ruime uitleg voorondersteld (paragraaf 9.8). Een 'verklaring' van art. 7A:1612 BW met 'verplichtingen van de verhuurder', de billijkheid en/of een onecht derdenbeding, getoetst op haar gevolgen voor de situatie 'huur-na-hypotheek', leidt tot meer vragen dan zij beantwoordt (paragraaf 9.9). Is de ruime werking van art. 7A:1612 BW, zoals Roes stelt, kennelijk gewild door de wetgever? Het is zeer onzeker, want een principiële en rechtssystematische discussie over die ruime uitleg ontbreekt (paragraaf 9.10; zie ook hoofdstuk 8, paragraaf 8.7). Meer onduidelijkheden ontstaan dan worden weggenomen, indien getracht wordt de ruime uitleg te verklaren met de begrippen

## SAMENVATTING

opportuniteit en billijkheid (paragraaf 9.11), tweeslachtigheid van het huurrecht, betamelijkheid, vertrouwen en kenbaarheid (paragraaf 9.12) en 'verhuur is beheer' (paragraaf 9.13). Van Oven gaat uit van de onjuistheid van de ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, maar haakt in zijn benadering vervolgens toch op die uitleg terug (paragraaf 9.14). De opvatting dat slechts rechtsgeldig aangegane huurovereenkomsten worden bestreken door art. 7A:1612 BW, biedt geen verklaring voor de ruime uitleg van het artikel (paragraaf 9.15). Datzelfde geldt voor de benadering, dat tengevolge van de overgang van de huurverhouding, ex art. 7A:1612 BW, huurvorderingen worden geannexeerd door het vorderingsrecht betreffende die vorderingen (paragraaf 9.16). De opvatting tenslotte, dat door art. 7A:1612 BW een huurrecht gelijk staat aan een beperkt recht, maar een huurbeding toch nodig is, is innerlijk tegenstrijdig (paragraaf 9.17).

### *Hoofdstuk 10*

Na het onderzoek in de voorgaande hoofdstukken kan met recht gesteld worden: de uitleg van art. 7A:1612 BW in het huidige recht is een *te* ruime. Voor de algemeen veronderstelde toepasselijkheid van het artikel in de situatie 'huur-na-hypotheek', een toepasselijkheid die vrijwel steeds de oorzaak is van de in hoofdstuk 2 tot en met 7 besproken complicaties, is geen rechtvaardiging aan te voeren (hoofdstukken 8 en 9). In hoofdstuk 10 wordt dan ook een eigen voorstel voor een beperkte uitleg van het artikel gepresenteerd en uitgewerkt (nadat de ruime uitleg door A. van Oven en J.B.M. Roes al eerder als onjuist was betiteld). In paragraaf 10.2 wordt de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW gekarakteriseerd en wordt de grondslag ervan uitgewerkt. Uitgangspunt is, dat een hypotheekhouder het hem verbonden goed kan executeren in de juridische staat waarin het hem werd verbonden. Enkel een huurrecht dat op het moment van hypotheekvestiging bestaat (of een later, op gelijke voorwaarden verleend huurrecht), moet hij ex art. 7A:1612 BW respecteren. Is het goed bij de hypotheekvestiging echter niet verhuurd, dan kan een later verleend huurrecht bij de executie niet tegen hem worden ingeroepen (anders dan in de uitleg naar huidig recht, en hoezeer ogenschijnlijk bij de executie ook sprake is van 'verkoop-na-huur' in de zin van art. 7A:1612 BW). Opvallend is, dat de beperkte uitleg voor de rechtsposities van de huurder en de hypotheekhouder zoals die naar huidig recht geregeld zijn, alleen positieve gevolgen heeft: de verwarring en de rechtsonzekerheid die naar huidig recht met art. 7A:1612 BW en het huurbeding samenhangen, verdwijnen namelijk. Het doel dat de wetgever met de regeling in het huidige (en het komende) recht heeft - evenwicht in de verhouding hypotheekhouder-laterer huurder -, maar slechts ten dele bereikt door eerst art. 7A:1612 BW te ruim uit te leggen en vervolgens met art. 3:264 BW 'correcties' en 'correcties op de correcties' aan te brengen, vloeit eenvoudigweg uit de beperkte uitleg voort.

Essentieel in de beperkte uitleg is het feit, dat het recht van de hypotheekhouder in de situatie 'huur-na-hypotheek' *anterieur* is aan het huurrecht. De grondslag voor de inroepbaarheid van het hypotheekrecht tegen het latere huurrecht is het beginsel van goederenrecht, dat aan bestaande goederenrechtelijke rechten geen afbreuk kan worden gedaan door de vestiging van nieuwe (goederenrechtelijke) rechten. Dit beginsel kent een algemeen vermogensrechtelijke herkomst; een beperking ervan tot alleen goederenrechtelijke rechten zodanig, dat persoonlijke (huur)rechten daaraan onttrokken zouden zijn, zou onjuist zijn. Het beginsel is aanwijsbaar aanwezig in wet en wetgevingsgeschiedenis, rechtspraak, literatuur en oud-Nederlands recht. In dat licht is het merkwaardig, dat het in het huidige recht niet consequent wordt doorgevoerd en dat op een zo grote schaal de - met het beginsel volledig in strijd zijnde - te ruime uitleg van art.

7A:1612 BW wordt aangehangen.

In paragraaf 10.3 wordt aangegeven hoe de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW kan worden neergelegd in de betreffende, thans bestaande wetsartikelen van het BW en in de artikelen 7:226 en 7:227 Ontwerp BW. Vervolgens wordt een beschrijving gegeven van de onderscheiden rechtsposities in die beperkte uitleg van de hypotheekhouder, de koper en de huurder. De belangrijkste wetswijzigingen als gevolg van de beperkte uitleg zouden zijn: art. 3:264 BW vervalt; de leden 5, 6 en 8 van dit artikel, houdende de preventieve bescherming van de huurder van woonruimte ex art. 7A:1623a-1623f BW, worden opgenomen in art. 3:273 BW. Het vergoedingsrecht van de huurder, thans geregeld in art. 3:264 lid 7 BW, wordt opgenomen in art. 3:282 BW (betreffende gelijke vergoedingsrechten van beperkt gerechtigden). In art. 3:273 BW wordt in het eerste lid opgenomen, dat ook huur- en pachtrechten die niet tegen de verkoper ingeroepen kunnen worden, vervallen. In een nieuw toe te voegen derde lid van art. 3:273 BW wordt bepaald, dat het de hypotheekhouder niettemin vrijstaat om het verbonden goed in verhuurde staat in veiling te brengen. Andere schuldeisers, belang hebbend bij verkoop van het verbodene in onverhuurde staat, kunnen zich 'voegen' in de veilingprocedure op de voet van art. 517 lid 2 jo 526 lid 2 Rv (art. 526 lid 2 Rv uitgebreid voor andere latere rechten). Voor het Ontwerp BW dient art. 7:226 aangepast te worden aan de beperkte uitleg van het adagium 'koop breekt geen huur'; het huidige tweede lid bijvoorbeeld, bepalende dat met eigendomsoverdracht door de verhuurder gelijkgesteld wordt een executie door een schuldeiser van de verhuurder, dient te vervallen. In de plaats daarvoor komt een bepaling die de oorspronkelijke betekenis van het adagium verwoordt voor een executie door een schuldeiser: (alleen) een schuldeiser die executeert krachtens een aan het huurrecht posterieur recht, moet het huurrecht respecteren.

Voor de hypotheekhouder is het belangrijkste gevolg van de beperkte uitleg van art. 7A:1612 BW, dat hij het verbonden goed in beginsel verkoopt en levert in de rechtstoestand, waarin dit zich bevond ten tijde van de hypotheekvestiging. Een huurbeding heeft hij daartoe niet nodig; aan de met dat beding samenhangende onzekerheden wordt niet toegekomen. Voor de koper brengt de beperkte uitleg mee, dat een huurder die zijn huurrecht verkreeg ná de hypotheekvestiging, vanaf de executie zonder recht of titel in het goed verblijft en door de koper - op grond van diens eigendomsrecht - tot ontruiming kan worden gedwongen (de discussie over de grondslag van de inroepings-/ontruimingsbevoegdheid van de koper kan verstommen...). Ook voor de huurder brengt de beperkte uitleg een verandering ten goede met zich: niet langer wordt, zoals in het huidige recht, de onjuiste indruk gewekt dat zijn rechtspositie altijd gewaarborgd is zodra hij geconfronteerd wordt met een hypotheekhouder. Voor het overige blijft zijn rechtspositie, inclusief de verworvenheden die thans geregeld zijn in art. 3:264 leden 5-8 BW, behouden.

In paragraaf 10.4 worden enkele bezwaren die in het verleden wel geuit zijn tegen verval van het huurbeding, besproken. De bezwaren berusten echter óf op de te ruime en onjuiste uitleg van art. 7A:1612 BW en komen aldus te vervallen in een beperkte uitleg, óf op een innerlijk tegenstrijdige benadering, óf op de onjuiste veronderstelling, dat afschaffing van het huurbeding problemen van overgangsrecht zou veroorzaken. Niets is echter minder waar dan dit laatste: de rechtsposities van hypotheekhouder en huurder veranderen niet, slechts de naar huidig recht bestaande omwegen en daaruit voortvloeiende complicaties verdwijnen.

Die problemen en complicaties, besproken en geanalyseerd in de hoofdstukken 2 tot en met 7, worden in paragraaf 10.5 één voor één opnieuw bezien, maar dan door de bril van de beperkte uitleg. Het is in deze samenvatting niet mogelijk om het resultaat hiervan kort weer te

## SAMENVATTING

geven, zulks gezien het vaak zeer gedetailleerde en hybride karakter van de problemen en complicaties. Wel kan gesteld worden, dat in de uitwerking van de beperkte uitleg blijkt, dat aan deze moeilijkheden die naar huidig recht bestaan voor de situatie 'huur-na-hypotheek', niet wordt toegekomen. Omwegen die naar huidig recht ter correctie op andere omwegen nodig zijn, worden overbodig en de verwarring verdwijnt. De rechtszekerheid kan - voor het eerst in deze materie - haar intrede doen.

## Zusammenfassung

### Allgemeine Übersicht

Seit fast zwei Jahrhunderten (von 1820 bis in die Gegenwart) sind das Grundprinzip 'Kauf bricht nicht Miete' (Paragraph 7A:1612 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches (im Weiteren: BW) und die Vermietungsklausel (Paragraph 3:264 BW, Paragraph 1230 vorheriges BW) verantwortlich für ein großes Maß an Rechtsunsicherheit. Im Wesentlichen handelt es sich dabei immer um einen Konflikt (Interessenskonflikt) zwischen einem Hypothekengläubiger und einem späteren Mieter, das heißt, einem Mieter, der sein Mietrecht *nach* der Hypothekenbestellung erworben hat (die Situation 'Miete-Nach-Hypothek'). Dem Anschein nach gehen die Fragen und Unklarheiten, die immer wieder auftauchen, aus einer fortwährenden Unausgewogenheit hervor: Die Lösung eines (Teil-)Problems führt unweigerlich zum Auftreten eines oder mehrerer anderer Probleme.

Im Rahmen dieser Dissertation ist man der Frage nach dem Ursprung (der Ursache) dieser Unausgewogenheit auf den Grund gegangen. Hierfür wurden einige im heutigen System auftretende bedeutende Fragestellungen bezüglich der Paragraphen 7A:1612 und 3:264 BW (Kapitel 2 bis einschließlich 7) analysiert. Die Ergebnisse sind eindeutig: Es handelt sich stets um eine zu weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW. Offenbar geht man im Allgemeinen davon aus, dass dieser Paragraph auch auf die Situation 'Miete-Nach-Hypothek' Anwendung findet, und es ist genau diese Anwendung, die das System des Bürgerlichen Rechtes in einen dauerhaften Zustand der Unausgewogenheit versetzt. Kurzum: Die zu weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW ist in diesem Falle die unerschöpfliche Quelle von Problemen, beziehungsweise hat sich als solche erwiesen.

Die zu weite Auslegung und die daraus hervorgehenden Komplikationen treten in dem Moment auf, in dem der Hypothekengläubiger die Zwangsversteigerung des hypothekarisch belasteten Gutes beabsichtigt und bei der Vollstreckung mit dem späteren Mieter konfrontiert wird. Geht man davon aus, dass das Grundprinzip 'Mietverträge bleiben bei Hausverkauf' gültig<sup>1</sup> auch im Falle einer Zwangsversteigerung Anwendung findet, so ist es dem Hypothekengläubiger nicht möglich das zu dem Zeitpunkt vorhandene Mietrecht anzufechten. Als Grundsatz hat der Hypothekengläubiger das spätere Mietrecht zu achten. Gäbe es diese Verpflichtung nicht, dann wäre für ihn auch die Vermietungsklausel des Paragraphen 3:264 BW nicht erforderlich. Um das hypothekarisch belastete Gut frei von Vermietung übertragen zu können, muss der Hypothekengläubiger im Zuge der Zwangsversteigerung diese Vermietungsklausel - welche Klausel er in der Notariatsurkunde der Hypothekenbestellung aufzunehmen hat - inanspruch nehmen<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>In diesem Zusammenhang ist 'Verkauf' zu verstehen als: Eigentumsübertragung/Übereignung.

<sup>2</sup>Zweck der Inanspruchnahme der Vermietungsklausel ist es, das hypothekarisch belastete Gut frei von einem Mietrecht verkaufen zu können. Als Leitsatz gilt nämlich, dass im Falle eines Verkaufes ein vermietetes Gut ungefähr 60 % des Wertes in unvermietetem Zustand (100 %) einbringt. Mit der Bestimmung der Vermietungsklausel hatte der Gesetzgeber die Absicht, es dem Hypothekengläubiger zu ermöglichen, dem Wertverlust des hypothekarisch belasteten Gutes entgegenzuwirken. Dieser Wertverlust kann ebenfalls die Folge einer Mietvorauszahlung und einer Zession oder

Dies ist die Konstellation, in der die in dieser Dissertation erörterten Fragen auftreten.

Aus der weiteren Analyse (Kapitel 8 und 9) geht hervor, dass für die zu weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW keine Rechtfertigung oder Grund zu finden ist. Es lässt sich sogar ein sonderbares Paradox feststellen: Die Vermietungsklausel an sich macht es unmöglich dasjenige zu erreichen, was dem Gesetzgeber mit der Regelung des Vermietungsklauselkomplexes vor Augen stand. Das Ziel der Vermietungsklausel ist es nämlich, ein Gleichgewicht des Interessengegensatzes zwischen Hypothekengläubiger und Mieter herbeizuführen. Der Mieter soll gegen eine (unnötige) Räumung des von ihm gemieteten Gutes geschützt werden; der Hypothekengläubiger hat ein schützenswertes Interesse am Werterhalt des hypothekarisch belasteten Gutes. Letzteres gemäß dem Wesen und Zweck seines Hypothekenrechtes: Sicherung der Zahlung seiner Forderungen. Die Folge der Vermietungsklausel ist jedoch eine schwerwiegende Störung dieses Gleichgewichtes oder genauer gesagt eine Verstärkung einer bereits vorhandenen Störung dieses Gleichgewichtes. Mit der gesetzlichen Eingliederung des Vermietungsklauselparagraphen (Paragraph 1230 Vorheriges BW, Paragraph 3:264 BW) ist nämlich die wichtigste Unausgewogenheit eine Tatsache: die zu weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW. Ein Vermietungsklauselparagraph würde sich ohne diese Auslegung schließlich erübrigen. Mit und durch die gesetzliche Eingliederung der Vermietungsklausel besteht für einen Hypothekengläubiger seit nunmehr fast zwei Jahrhunderten die Gewissheit, dass sein (güterrechtliches) Hypothekenrecht im Prinzip durch ein nach der Hypothekenbestellung zu gewährendes persönliches Mietrecht beeinträchtigt werden kann (zum Vergleich: ein nach der Hypothekenbestellung begründetes beschränktes Recht kann das frühere Hypothekenrecht niemals beeinträchtigen). Die 'Ausbesserung' dieser mit der Vermietungsklausel einhergehende Unsicherheit hat lediglich zu neuen Unklarheiten und Komplikationen geführt und hat damit die vorhandene Unsicherheit vergrößert. Anders gesagt: Das grundlegende Ungleichgewicht, das aus der zu weiten Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW hervorgeht, ist mit der Aufnahme des Paragraphen 3:264 BW (Paragraph 1230 vorheriges BW) implizit kodifiziert worden und hat somit zugenommen.

Ein deutliches Beispiel für diese Zunahme ist die in Paragraph 3:264, Absatz 2, BW verfasste (offensichtliche) relative Wirkung der Vermietungsklausel (besprochen in Kapitel 6). Ohne die zu weite Auslegung könnte ein Hypothekengläubiger im Allgemeinen sein Recht gegenüber jedem späteren güterrechtlich Berechtigten (güterrechtliche Prioritätsregel) inanspruch nehmen; jedoch mit Sicherheit gegenüber einer Person mit einem persönlichen Recht in Bezug auf das belastete Gut, ungeachtet der Frage, ob diese ihr Recht früher oder später als das Hypothekenrecht erworben hat. Infolge der zu weiten Auslegung und der als Korrektur gedachten Vermietungsklausel ist diese Grundregel in eine 'relative' entartet: Die Inanspruchnahme der Vermietungsklausel führt lediglich für denjenigen zur Nichtigerklärung des Mietrechtes, der diese Klausel inanspruch nimmt (vgl. Paragraph 3:264, Absatz 2, BW). In einer Situation, in der von 'erste Hypothek - zweite Hypothek - Miete' die Rede ist, ist die grundlegende Unausgewogenheit damit deutlich erkennbar geworden und zwar in Form einer massiven Rechtsunsicherheit: Aufgrund der 'relativen' Wirkung der Vermietungsklausel hat der nicht-zwangsvollstreckende Hypothekengläubiger (erster oder zweiter) offensichtlich wohl das spätere Mietrecht zu respektieren. Eine ausführliche Diskussion über dieses sinnwidrige Ergebnis ist ohne Erfolg geblieben (Siehe die Wiedergabe dieser Diskussion in Kapitel

---

Verpfändung von Mietforderungen sein.



6). Bei der zu weiten Auslegung ist und bleibt die Rechtsunsicherheit gegeben.

Angesichts der oben genannten Ausführungen ist es wohl kaum verwunderlich, dass in dieser Dissertation die Vermeidung der zu weiten Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW befürwortet wird. Kapitel 10 enthält den Vorschlag, diesen Paragraphen beschränkt auszulegen, sodass der Paragraph keine Anwendung mehr auf die Situation 'Miete-Nach-Hypothek' findet. Damit wird die Ursache für die grundlegende Störung des Gleichgewichtes in dieser Materie weggenommen. An eine Korrektur mit 'Hilfe' des Paragraphen 3:264 BW besteht dann kein Bedarf (Paragraph 3:264 BW kann verfallen). Weitere Störungen des Gleichgewichtes infolge dieses Vermietungsparagraphen - es handelt sich hierbei um Störungen, die einen klaren Blick auf die wirkliche Ursache immer mehr beeinträchtigen - unterbleiben (ganz davon zu schweigen, dass Wissenschaft und Praxis sich hiermit auseinandersetzen müssen). Es bedarf fast keiner weiteren Erörterung, dass eine derartig beschränkte Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW der Rechtssicherheit sehr zugute kommt. Das vom Gesetzgeber befürwortete Gleichgewicht zwischen dem Hypothekengläubiger und dem (späteren) Mieter kommt auf einfache Weise zustande. Wichtig dabei ist, dass es möglich ist die Errungenschaften zum Schutz der Interessen des Mieters - in der Form, wie diese zur Zeit in den Absätzen 5 bis einschließlich 8 des heutigen Paragraphen 3:264 BW festgelegt worden sind - aufrechtzuerhalten.

## 2. Übersicht der einzelnen Kapitel

In der nachfolgenden Übersicht ist in Bezug auf die Kapitel 1 bis einschließlich 9 von der 'weiten Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW' die Rede. Wie weiter oben bereits ausgeführt wurde, handelt es sich dabei um die allgemein angenommene Anwendung des Paragraphen auf die Situation 'Miete-Nach-Hypothek'. Aus der Analyse in den Kapiteln 2 bis einschließlich 7 geht bereits hervor, dass diese Auslegung *zu* weit ist. Diese Bewertung wird jedoch erst im zehnten Kapitel behandelt.

### *Kapitel 1*

Im ersten Kapitel werden in jeweils drei Teilen - kurze Beschreibung, Gesetzesgeschichte und ratio legis - die für diese Dissertation wichtigsten Paragraphen besprochen (die Paragraphen 7A:1612 BW, 34 des niederländischen Pachtgesetzes (im weiteren: Pw), 7:226 und 7:227 des Entwurfs für das BW, 1230 vorheriges BW und 3:264 BW). Das Grundprinzip 'Kauf bricht nicht Miete' (sowie Pacht) ist in den Paragraphen 7A:1612 BW und 34 Pw festgelegt. Die ratio legis dieser Paragraphen zielt gerechtigkeitshalber auf den Schutz des Mieters/Pächters vor der Eigentumsübertragung des gemieteten Gutes durch den Vermieter/Verpächter. Im neuen Mietrecht (Gesetzesentwurf 26 089) wird diese ursprüngliche ratio legis in den Paragraphen 7:226 und 7:227 des Entwurfs für das BW übernommen. Im derzeitigen Wortlaut dieser Paragraphen wird jedoch die weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW in viererlei Hinsicht verstärkt. In Kapitel 7 wird auf einige dieser Punkte näher eingegangen.

Der ratio legis des ursprünglichen Vermietungsklauselparagraphen, 1230 vorheriges BW (Schutz des Hypothekengläubigers gegen Vermietung oder Vorauszahlung von noch ausstehender

## ZUSAMMENFASSUNG

oder zu entrichtender Miete), muss die weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW zu Grunde gelegen haben: Bei Zwangsvollstreckung durch den Hypothekengläubiger wird auch der Mieter, der sein Recht nach der Hypothekenbestellung erlangt hat, geschützt. Vorschläge aus dem Parlament zur Ungültigkeit des späteren Mietrechtes im Falle einer Zwangsvollstreckung wurden vom Gesetzgeber kurzerhand abgewiesen; der Gesetzgeber befürchtete eine zu große Rechtsunsicherheit für den Mieter, der niemals Gewissheit bezüglich einer möglichen Räumung des gemieteten Gutes hätte. Eine grundlegende und rechtssystematische Diskussion über diese Fragestellung hat jedoch niemals stattgefunden. Im Gegenteil: Der Gesetzgeber schuf den Vermietungsklauselparagraphen, 1230 vorheriges BW, und mit diesem Paragraphen war und ist der Mieter sich des Fortbestands seines Mietrechtes nicht weniger ungewiss. Die Vermietungsklausel hat zu einem Scheinschutz des Mieters geführt: Bis auf den heutigen Tag kann dieser jeder Zeit mit einer Zwangsvollstreckung des von ihm gemieteten Gutes, wobei die Vermietungsklausel inanspruch genommen wird, konfrontiert werden. Außerdem wurde das Bürgerliche Recht mit einem grundlegenden Ungleichgewicht (die weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW) und einer Verstärkung dieses Ungleichgewichtes durch die als Korrektur dieses Ungleichgewichtes gedachten, häufigen 'Ausbesserungen' der Vermietungsklausel ausgestattet. Den weitreichenden und - in Anbetracht des falschen Ausgangspunktes - unnötigen Komplikationen und Problemen bei der Auslegung stand nichts mehr im Wege (Siehe Kapitel 2 bis einschließlich 7).

Die Aufstellung des derzeitigen Paragraphen 3:264 BW, des Nachfolgers des Paragraphen 1230 vorheriges BW, hat den Ausgangspunkt - die weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW - unverändert gelassen. Der Gesetzgeber hat in der Absicht der Schaffung eines Gleichgewichtes zwischen den Parteien seine Aufmerksamkeit vor allem auf eine weitergehende Verfeinerung der Interessenabwägung zwischen dem späteren Mieter und dem Hypothekengläubiger gerichtet. Die Ursache des Ungleichgewichtes, nämlich die weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW blieb jedoch unbeachtet. Daher ist es wohl kaum verwunderlich, dass Paragraph 3:264 BW eine außerordentlich lange Gesetzesgeschichte aufweist, dass sich das angestrebte Gleichgewicht trotz des (langen) derzeitigen Wortlautes des Paragraphen das als grundlegend unmöglich erwiesen hat, und dass 'die Vermietungsklausel' fortwährend zu weitreichenden Komplikationen und Unklarheiten führt. Die Rechtsunsicherheit bleibt eine Tatsache.

In gleicher Weise wie der Vermietungsklausel liegt auch der Verpachtungsklausel (Paragraph 3:264, Absatz 3, BW) die weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW unabdinglich zugrunde: Ein Hypothekengläubiger hat im Prinzip die nach der Hypothekenbestellung zustande gekommene Verpachtung zu respektieren.

### *Kapitel 2*

In den Kapiteln 2 bis einschließlich 7 werden die wichtigsten Fragen und Komplikationen bezüglich des Vermietungsklauselkomplexes besprochen und danach analysiert. Anfangs werden in Kapitel 2 Fragen bezüglich der Entstehung und des Inhalt der Vermietungsklausel erörtert. Es werden nacheinander behandelt: Die (Rechts-)Unsicherheit bezüglich der Funktion oder Notwendigkeit des Paragraphen 3:264 BW (Abschnitt 2.2); die Befugnis des Hypothekengläubigers, das hypothekarisch belastete Gut zu vermieten (Abschnitt 2.3); die Komplikationen bezüglich des

Verbotes der Vorauszahlung von Miete oder Pachtgeld (Paragraph 3:264, Absatz 1, BW) (Abschnitt 2.4); die Unklarheit in Bezug auf die Frage nach der Bedeutung der vorhergehenden Zustimmung, beziehungsweise der Duldung einer späteren Vermietung seitens des Hypothekengläubigers (Abschnitt 2.5). Aus der in diesen Abschnitten enthaltenen Analyse geht jedes Mal hervor, dass die Ursache für diese Frage in der weiten Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW liegt: Anwendbarkeit auf die Situation 'Miete-Nach-Hypothek'. Wird durch beschränkte Auslegung dieses Paragraphen diese Ursache weggenommen, so erübrigen sich die in diesem Zusammenhang erörterten Fragen (Kapitel 10).

### *Kapitel 3*

Kapitel 3 setzt sich mit den Problemen auseinander, die in dem Moment auftauchen, in dem die zukünftigen Mietforderungen im Voraus zediert oder verpfändet werden oder im Voraus einem Pfändungspfandrecht unterliegen, *nachdem* bereits das dann schon vermietete oder nachher noch zu vermietende Gut hypothekarisch belastet wird. So ist es unklar, wie sich die Paragraphen 3:264 BW und 475h der niederländischen Zivilprozessordnung (im weiteren: Rv) im Falle von 'Hypothekenbestellung - Vermietung - Pfändungspfandrecht auf die zukünftigen Mietforderungen - Zwangsvollstreckung durch den Hypothekengläubiger' zu einander verhalten. Unklarheit besteht in diesem Zusammenhang unter anderem bezüglich der Frage, welche Auswirkung die Inanspruchnahme der Vermietungsklausel auf das Mietverhältnis hat (Abschnitt 3.2). In den Abschnitten 3.3 und 3.4 werden an Hand zweier Situationen, nämlich 'Hypothek - Miete - Zession/Verpfändung von zukünftigen Mietforderungen - Zwangsvollstreckung durch den Hypothekengläubiger' und 'Miete - Hypothek - Zession/Verpfändung von zukünftigen Mietforderungen - Zwangsvollstreckung durch den Hypothekengläubiger', einige Fragen erörtert. In dem erstgenannten Abschnitt handelt es sich zum Beispiel um die Frage, ob der Hypothekengläubiger sich gegen eine spätere - gegen die Vermietungsklausel verstoßende - Zession oder Verpfändung durch den Hypothekenschuldner wehren kann. Die Rechtsprechung des *Hoge Raad* (Oberster Gerichtshof der Niederlande) bezüglich der Regelung der Vermietungsklausel lässt Spielraum für unterschiedliche und vor allem einander widersprechende Lösungen. In Abschnitt 3.4 wird eine andere wichtige Frage erörtert: Wer hat in den beiden oben genannten Situationen nach der Zwangsvollstreckung durch den Hypothekengläubiger Recht auf die anfallenden Mietzinsen? Der Käufer des Registergutes oder der Zessionar/Pfandgläubiger? Die Anzahl der bezüglich dieser Frage möglichen - und ebenso einander stark widersprechenden - Antworten und Erklärungen ist so umfangreich, dass eine völlige Verwirrung festzustellen ist. In zwölf Abschnitten wird dieses Problem eingehend erörtert (Abschnitt 3.4.1 bis einschließlich 3.4.12).

Was bei dieser Sprachverwirrung - diese Bezeichnung trifft wohl zu - auffällt: Auch in diesem Zusammenhang ist die weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW als Quelle der Probleme anzuführen (Abschnitt 3.5, Analyse). Immer wieder ist die Rede von der Übertragung durch einen Gläubiger eines Eigentümer-Vermieters kraft eines Hypothekenrechtes, das *vor* dem Mietrecht, der Zession, der Verpfändung oder dem Pfändungspfandrecht bestellt wurde. Die Unklarheiten ergeben sich jedes Mal in oder können zurückgeführt werden auf diese Situation. Der Umstand der

## ZUSAMMENFASSUNG

älteren Berechtigung oder die Inanspruchnahme eines älteren Hypothekenrechtes bleiben jedoch im heutigen Recht (rechtswissenschaftliche Literatur und Rechtsprechung) systematisch unbeachtet, offenbar weil im Augenblick der Zwangsvollstreckung an den Paragraphen 7A:1612 BW Wirkung zugemessen wird. Scheinbar ist in diesem Fall die Rede von '(Ver-)Kauf-Nach-Vermietung' und scheinbar ist dann das Grundprinzip 'Kauf bricht nicht Miete' von Kraft. In Wirklichkeit wird jedoch in diesem Fall die Wirkung des Paragraphen 7A:1612 BW in weiten Sinne ausgelegt. Eine derartige weite Wirkung steht diesem Paragraphen jedoch nicht zu und führt ausschließlich zu nachteiligen 'Neben'-Wirkungen (wie aus den hier erörterten Fragen hervorgeht). Würde man von dieser weiten Auslegung ablassen - Kapitel 10 enthält einen ausgearbeiteten Vorschlag für eine beschränkte Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW -, dann würden sich die in Kapitel 3 erörterten Frage erübrigen. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, dass mit dem Ende der derzeitigen kakophonischen Rechtsdiskussion auf diesem Gebiet, welche zu einem Wirrwarr an Auffassungen, Erklärungen und 'Lösungen' führt, der Rechtssicherheit sehr gedient wäre.

### *Kapitel 4*

Das Verfahren für die Inanspruchnahme der Vermietungsklausel ist kompliziert und unklar. Es ist zum Beispiel unklar, welche Bedeutung und welcher Inhalt der Begriff Inanspruchnahme hat. Der Gesetzgeber hat mit dem Verfahren der Inanspruchnahme den Versuch unternommen, eine ausgewogenen Regelung der Interessengegensätze in der Situation 'Miete-Nach-Hypothek' zu treffen. Die derzeitige feinmaschige Regelung hat sich jedoch ins Gegenteil gekehrt: Unklarheit und Mangel an Gleichgewicht. Die Ursache: eine weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW (Abschnitt 4.2). Diese Auslegung ist auch für andere Fragen bezüglich der Inanspruchnahme verantwortlich: Fragen, die im heutigen Recht eine vorrangige Position einnehmen (da im heutigen Recht kaum oder gar keine Antworten möglich sind). Man siehe die Erörterung und Analyse der Fragen: Wer ist 'der Käufer' in Paragraph 3:264 BW? (Abschnitt 4.3); Woher stammt das Recht auf Räumungsklage des Käufers? (Abschnitt 4.4) und: Ist eine Verpflichtung der Inanspruchnahme der Mietklausel möglich? (Abschnitt 4.5).

Geht man davon aus, dass für eine weite Auslegung - Anwendbarkeit des Paragraphen 7A:1612 BW in der Situation 'Miete-Nach-Hypothek' - keine befriedigende Rechtfertigung gefunden werden kann (Kapitel 8 und 9), dann ist es sehr zu befürworten, von der weiten Auslegung abzulassen und den Paragraphen 7A:1612 BW beschränkt auszulegen (Kapitel 10). Bei einer derartigen beschränkten Auslegung - keine Anwendbarkeit des Paragraphen 7A:1612 BW in der Situation 'Miete-Nach-Hypothek' - ist die Vermietungsklausel überflüssig, und werden die Komplikationen und Unklarheiten bezüglich der 'Inanspruchnahme' des Paragraphen 3:264 BW vermieden.

### *Kapitel 5*

Auch im Falle eines für den Hypothekengläubiger bei der Hypothekenbestellung nicht erkennbaren Mietrechtes - ungeachtet der Frage, ob das Mietrecht bereits vorhanden ist oder erst nachher zustande kommt - hat nach Auffassung des Gesetzgebers und des *Hoge Raad* der Hypothekengläubiger gemäß Paragraph 7A:1612 BW das nicht erkennbare Mietrecht zu

respektieren. In der Situation 'Miete-Nach-Hypothek' treten dabei verschiedene Komplikationen auf (Abschnitt 5.2). In dieser Hinsicht sind die Momente 'Hypothekenbestellung' und 'Zwangsvollstreckung durch den Hypothekengläubiger' beide für die Erklärung der offensichtlichen weiten Anwendbarkeit des Paragraphen 7A:1612 BW unentbehrlich. Beide führen jedoch zu miteinander unvereinbaren Ergebnissen. Wie ist die Situation zu bewerten, in der der Hypothekengläubiger weder im Augenblick der Hypothekenbestellung, noch bei der Zwangsvollstreckung über die spätere Vermietung informiert war, beziehungsweise informiert sein konnte? Bedarf es dem Mieter zur Inanspruchnahme des Paragraphen 7A:1612 BW die Einsicht in die öffentlichen Register? Spielen die Paragraphen 7:15 und 7:19 BW hierbei eine Rolle (Risiko beim Kauf eines belasteten Gutes)? Aus der in diesem Abschnitt enthaltenen Analyse geht - wie in den vorhergehenden drei Kapiteln - hervor, dass die Problematik auf die weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW zurückzuführen ist. Ohne diese Auslegung kämen die in Abschnitt 5.2 besprochenen Probleme nicht auf.

Ferner wurden die Fälle eines nicht erkennbaren Mietrechtes in der Situation 'Hypothek-Nach-Miete' und der eigentliche in Paragraph 7A:1612 BW behandelte Fall 'Kauf (Übertragung)-nach-Miete' untersucht. Damit wurde einer möglichen Erklärung für die weite Anwendbarkeit des Paragraphen 7A:1612 BW in der Situation 'Miete-Nach-Hypothek' - auch im Falle eines nicht erkennbaren Mietrechtes - auf den Grund gegangen. Aus den Abschnitten 5.3 und 5.4 geht hervor, dass leider das Gegenteil der Fall ist. In diesen Situationen gibt es ein großes Maß an Rechtsunsicherheit bezüglich der Frage, was bei nicht erkennbarer Vermietung geltendes Recht ist. So sind zum Beispiel kürzlich zwei vom *Hoge Raad* gefällte Urteile - beide bezüglich des ungewöhnlichen Falles einer Vermietung durch einen Nichteigentümer, der anschließend nach Erwerb des Eigentums ein Hypothekenrecht bestellt - völlig gegensätzlicher Natur. In dem einen Fall muss der Mieter das hypothekarisch belastete Gut räumen, wohingegen dieser im anderen Fall geschützt wird, und der Hypothekengläubiger auf einmal ein vermietetes Gut als Pfand hat. Aus der Analyse der beiden Fälle geht vorläufig nur hervor, dass, abgesehen von den Gegebenheiten des Falles, auch rechtspolitische Ausgangspunkte, sowie die Frage ob und falls ja, wann und in welchem Umfang dem Hypothekengläubiger und/oder dem Mieter eine Überprüfungsverpflichtung obliegt, eine Rolle spielen. Außerdem gibt es eine sehr starke Meinungsverschiedenheit bezüglich der Frage, ob sich der Mieter für einen Schutz durch den Paragraphen 7A:1612 BW im tatsächlichen Genuss des Gutes befinden muss. Der Gesetzgeber, der *Hoge Raad* und ein Teil der rechtswissenschaftlichen Literatur verneinen diese Frage, während ein anderer, beträchtlicher Teil der rechtswissenschaftlichen Literatur sie bejahen. Zur Feststellung möglicher Folgen für die Situation 'Miete-Nach-Hypothek' werden diese Auffassungen eingehend analysiert.

### *Kapitel 6*

Im Allgemeinen geht man davon aus, dass die Inanspruchnahme der Vermietungsklausel 'relative' Wirkung hat, das heißt, dass ein gegen die Klausel verstoßendes Rechtsgeschäft ausschließlich zugunsten des inanspruch nehmenden Gläubigers und nicht weiter als übereinstimmend mit dessen Recht für nichtig erklärt wird (Paragraph 3:264, Absatz 2, BW). Der gegen die Klausel verstoßende Mietvertrag wird nur gegenüber dem Hypothekengläubiger, der die Klausel inanspruch nimmt, für

## ZUSAMMENFASSUNG

nichtig erklärt. Im Übrigen bleibt der Mietvertrag (zwischen dem Vermieter und dem Mieter) aufrechterhalten. Bezüglich des Paragraphen 3:264, Absatz 2, BW weist das heutige Recht gravierende Komplikationen und Fragen auf. Es ist zum Beispiel völlig unklar, welche Bedeutung der Nichtigerklärung in Paragraph 3:264, Absatz 2, BW beigemessen werden soll. In Abschnitt 6.2 werden die unterschiedlichen und gegenseitig streitigen Möglichkeiten besprochen. In Abschnitt 6.3 wird eine weitere aus der 'relativen Wirkung' hervorgehende Komplikation erörtert: Hat der zwangsvollstreckende erste Hypothekengläubiger bei der Frage, in welchem rechtlichen Zustand er das belastete Gut zwangsversteigert (vermietet oder unvermietet, wohl oder nicht Inanspruchnahme der Vermietungsklausel) mit einem niedrigrangigem Hypothekengläubiger, der ebenfalls die Vermietungsklausel in der Hypothekenurkunde aufgenommen hat, diese jedoch nicht inanspruch nehmen kann, weil er nicht der Zwangsvollstrecker ist, zu rechnen? Kann der zweite Hypothekengläubiger den ersten Hypothekengläubiger zur Inanspruchnahme zwingen, möglicherweise mit der Sanktion eines Missbrauches von einem Recht? Das heutige Recht, das von der Annahme der relativen Wirkung des Paragraphen 3:264, Absatz 2, BW ausgeht, führt den ersten Hypothekengläubiger geradewegs in eine Sackgasse, während ein Ausweg, der Klarheit und Rechtssicherheit bietet - zum Beispiel mit Hilfe der Lehrsätze des Missbrauches eines Rechtes und/oder der Treue und des Glaubens - nicht vorhanden ist. Abschnitt 6.4 enthält die Wiedergabe einer fast schon absurden (oder, wenn man so möchte, traurigen) Komplikation bezüglich der angenommenen relativen Wirkung. Weil nämlich der Vermieter, dessen Recht durch eine Zwangsvollstreckung verfällt, 'sofort nach denjenigen, denen gegenüber er sein Recht nicht geltend machen konnte' (Paragraph 3:264, Absatz 7, BW) entschädigungsberechtigt ist, kann aufgrund der 'relativen' Wirkung des Paragraphen 3:264, Absatz 2, BW die These aufgestellt werden, dass in der Situation 'erste Hypothek-zweite Hypothek-Vermietung' der Mieter mit seinem Entschädigungsrecht unmittelbar nach dem ersten Hypothekengläubiger kommt. Im Klartext bedeutet das: Vor dem zweiten Hypothekengläubiger, und zwar auch wenn dieser eine eigene Vermietungsklausel aufgestellt hat - wobei das Mietrecht (folglich) ihm gegenüber nicht inanspruch genommen werden konnte. Ein wirklich bizarres Ergebnis: Das Mietrecht ist jetzt sogar zwei früheren Hypothekengläubigern gegenüber inanspruch zu nehmen!

Die Untersuchungen in diesen Abschnitten zeigen, dass die Komplikationen bezüglich der angenommenen relativen Wirkung unmittelbar aus der weiten Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW hervorgehen. Geht man nämlich davon aus, dass Paragraph 7A:1612 BW im Falle einer nach der Hypothekenbestellung zustande gekommenen Vermietung Anwendung findet, so entsteht das Bedürfnis nach einer Vermietungsklausel (Ausbesserung). Aus der Entstehungsgeschichte des Paragraphen 3:264, Absatz 2, BW geht jedoch hervor, dass mit der Aufnahme dieser Klausel die Befürchtung einer für die Erzielung des erforderlichen Erlöses (erforderlich für die Befriedigung des zwangsversteigernden Hypothekengläubigers) nicht unbedingt notwendigen Inanspruchnahme dieser Klausel einherging. Die Korrektur dieser Ausbesserung wurde in Paragraph 3:264, Absatz 2, BW als eine sich auf das Verhältnis Hypothekengläubiger-Hypothekenschuldner beschränkende Wirkung niedergelegt. Die angenommene relative Wirkung war damit eine Tatsache. Zusammen mit der weiten Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW wuchs das Bedürfnis nach einer Nichtigerklärung des späteren

Mietrechtes, die keine Nichtigerklärung ist. Schematisch dargestellt: weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW (Anwendbarkeit auf 'Miete-Nach-Hypothek'), Reparatur mittels einer Vermietungsklausel (Paragraph 3:264, Absatz 1, BW), Korrektur dieser Reparatur (Paragraph 3:264, Absatz 2, BW) mit als Konsequenz eine angenommene relative Wirkung, Fragen und Unklarheiten, gegenseitig widersprüchliche 'Lösungen' und Rechtsunsicherheit.

### *Kapitel 7*

In dem Entwurfsmietrecht (Gesetzesentwurf 26 089) werden die Paragraphen 7:226 und 7:227 des Entwurfs für das BW in ihrem derzeitigen Wortlaut unvermeidlich zu Komplikationen führen. In einigen Fällen ist es nicht deutlich, wer als Vermieter zu betrachten ist. Ein für den Hypothekengläubiger (Paragraph 3:264 BW) und den Pfänder (Paragraph 453a und 505, Absatz 2, Rv) vorgesehener 'Schutz' vor einem späteren Mietrecht ist zum Beispiel für einen Grundstückseigentümer bei Erbpacht, einen Pfandgläubiger und einen Retentionsberechtigten nicht vorhanden. Unklar ist ebenfalls die Situation, in der ein bereits vorhandenes Mietrecht auf ein später bestelltes Recht von Nießbrauch, Erbpacht oder Erbbau stößt (in den Paragraphen 7:226 und 7:227 des Entwurfs für das BW findet die Grundregel 'Eigentumsübertragung bricht nicht Miete' auf die Bestellung und Übertragung von beschränkten Rechten eine analoge Anwendung). Ferner lässt der Gesetzgeber in dem Paragraphen 7:226 des Entwurfs für das BW wissentlich die (zu) weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW fort dauern.

Aus der Analyse geht wiederum hervor, dass die Probleme abzuleiten sind aus der weiten Auslegung des - derzeitigen - Paragraphen 7A:1612 BW, sowie aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber sich nicht die Frage stellt, beziehungsweise sich diese Frage nicht stellen möchte, ob im Augenblick der Bestellung des beschränkten Rechtes das Mietrecht wohl oder nicht bereits existiert. Diese weite Auslegung wird im Entwurf für das BW übernommen und obendrein in viererlei Hinsicht verstärkt. Erstens wird im Paragraph 7:226, Absatz 2 des Entwurfs für das BW nämlich explizit bestimmt: 'Übertragung durch einen Gläubiger des Vermieters wird mit der Übertragung durch den Vermieter gleichgesetzt'. Bereits bei der Handhabung dieser Bestimmung bleibt die Quelle der in den Kapiteln 2 bis einschließlich 7 besprochenen Problemen im neuen Mietrecht ausdrücklich beibehalten. Zweitens wird im Paragraphen 7:226, Absatz 1 des Entwurfs für das BW der Mieter vor 'Bestellung oder Übertragung eines Rechts von Nießbrauch, Erbpacht oder Erbbau bezüglich des vermieteten Gutes' geschützt, ungeachtet der Frage, ob das jeweilige beschränkte Recht zur Zeit der Vermietung bereits existierte oder noch nicht. Drittens führt Paragraph 7:226, Absatz 1 des Entwurfs für das BW dazu, dass ein Mieter unter Umständen möglicherweise mit - mindestens - zwei Vermietern konfrontiert wird, wobei das Verhältnis dieser Vermieter untereinander nicht klar einzuschätzen ist. Ferner wird in Paragraph 7:227 nochmals festgestellt - und dies ist die vierte und letzte Verstärkung, - dass beschränkt Berechtigte, insofern diese im Paragraphen 7:226, Absatz 1 des Entwurfs für das BW noch nicht miteinbezogen sind, ein während oder nach der Bestellung oder Übertragung bestehendes Mietrecht zu respektieren haben.

Das Ziel, das der Gesetzgeber mit dieser Vorgehensweise zu verfolgen scheint, ist, dass die Qualität des Vermieters jedesmal auf den Erwerber übergeht, so dass der Mieter nicht konfrontiert

## ZUSAMMENFASSUNG

wird mit einem Vermieter, der keine Verfügungsgewalt über das Grundstück hat. Dieses Ziel kann jedoch die weite Auslegung und derer Folgen weder erklären noch rechtfertigen.

In den Kapiteln 8 und 9 wird untersucht, ob es für eine derartige weite Auslegung ein Berechtigung gibt. In Anbetracht der Gegebenheit, dass die Schwierigkeiten stets unmittelbar auf die weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW zurückzuführen sind, kann man sich die Frage stellen, ob diese weite Auslegung die in den Kapiteln 2 bis einschließlich 7 erörterten Komplikationen aufwiegt. Die Antwort ist gänzlich negativ: Es gibt keine Rechtfertigung für die weite Auslegung und schon gar nicht für eine Verstärkung davon in dem Entwurf für das BW.

### *Kapitel 8*

Gibt es eine historische Erklärung für die weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW? Sehr wahrscheinlich nicht. Aus den in Kapitel 8 untersuchten Rechtssystemen (vom römischen Zeitalter, über das mittelalterliche und das einheimische/altvaterländische Recht bis hin zur heutigen Zeit) geht hervor, dass im Falle des Grundprinzips 'Kauf bricht nicht Miete' die Rechtslage des Mieters oder die eines anderen Benutzers eines Registergutes, beziehungsweise eines Grundstückes, gegenüber der Rechtslage des Eigentümers/Vermieters und dessen Rechtsnachfolger gestellt wird. In einigen allgemeinen Bemerkungen bezüglich der Rechtslage des Mieters und der Handhabungsverhältnisse im Laufe der Jahrhunderte wird dargelegt, dass der Gedanke der Notwendigkeit eines Schutzes des von der Rechtslage (und wohl möglich auch von der gesellschaftlichen Stellung?) her schwächeren Mieters/Benutzers in allen Rechtssystemen vorhanden war (Abschnitt 8.2 und 8.3). Im römischen Recht (Abschnitt 8.4) zum Beispiel entkam man dem harten Grundprinzip 'Kauf bricht Miete' mittels einer zwischen dem Verkäufer und Käufer vereinbarten Klausel, die den Käufer verpflichtete, den Mieter in dem vermieteten Gut unberührt zu lassen. Sollte der Käufer diese Vereinbarung verletzen, so trüfe den Käufer letztendlich eine Schadensersatzklage von Seiten des Mieters und des Verkäufers. Ähnliche 'Gebilde' zum Schutz des Mieters sind in der Zeitspanne vom römischen bis zum neunzehnten Jahrhundert zu finden (Abschnitt 8.6). Insofern es in diesem Zeitraum schon Auseinandersetzungen bezüglich der Konfrontation zwischen einem Mieter und einem Gläubiger des Vermieters gibt (Abschnitt 8.5) stellt sich heraus, dass sich das Grundprinzip 'Kauf bricht nicht Miete' implizit auch auf die Situation 'Miete-Nach-Hypothek' ausdehnt. Die Frage, warum es einem älteren berechtigten Gläubiger (Hypothekengläubiger) im Prinzip nicht möglich ist, ein Mietrecht zu beanstanden, wird jedoch nicht gestellt (und schon gar nicht beantwortet).

Letzteres trifft auch auf das Recht des neunzehnten und zwanzigsten Jahrhunderts zu (Mit Ausnahme einiger Rechtsgelehrter aus dem zwanzigsten Jahrhundert (Van Oven und Roes und, weniger eindeutig, Van Velten); siehe Kapitel 9). Abschnitt 8.7 enthält die Wiedergabe einer Untersuchung der (zum Teil französischen) Entstehungsgeschichte der Paragraphen 7A:1612 BW, 3:264 BW und 1230 vorheriges BW. In dieser Entstehungsgeschichte sind kaum Anhaltspunkte für die weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW zu finden. In Bezug auf den derzeitigen Paragraphen 7A:1612 BW spielte in den parlamentarischen Diskussionen eine einzige Frage eine große Rolle, nämlich die, ob es einem Käufer - nach Zwangsversteigerung durch einen (hypothekarischen) Gläubiger des Vermieters des vermieteten Gutes - möglich wäre, den



Mietvertrag anzufechten. Dieser Frage muss der Ausgangspunkt zugrunde gelegen haben, dass der zuvor berechnigte Hypothekengläubiger das (spätere) Mietrecht zu respektieren hat. Eine Erklärung dieses Ausgangspunktes anhand des Vollmachtslehrsatzes ist nicht sehr wahrscheinlich (Abschnitt 8.7.5). Ferner enthalten die parlamentarischen Diskussionen in Bezug auf den Paragraphen 1230 vorheriges BW (um die Jahre 1820-1830) zwei Anmerkungen aus der *Tweede Kamer* (Teil des niederländischen Parlamentes) über die offensichtliche Möglichkeit der Inanspruchnahme eines Mietrechtes dem vorher berechtigten Hypothekengläubiger gegenüber (Abschnitt 8.7.3). Es ist jedoch unklar, ob damit der Anfang einer grundsätzlichen und rechtssystematischen Auseinandersetzung beabsichtigt wurde. Aus der Antwort von Seiten der Regierung in Bezug auf diese Bemerkungen geht dies jedenfalls nicht hervor. Die Antwort enthält weder eine Rechtfertigung der weiten Auslegung noch ein Anzeichen für eine Grundsatzdiskussion. Auch die restliche in Abschnitt 8.7 untersuchte Gesetzesgeschichte entbehrt dieser Rechtfertigung oder Erklärung. Die 'grundsätzliche' Anwendung des Paragraphen 7A:1612 BW in der Situation 'Miete-Nach-Hypothek' ist stets implizit anzutreffen.

### *Kapitel 9*

Seit der Entstehung des Paragraphen 7A:1612 BW im Jahre 1838 wurde zur zivilrechtlichen Erklärung dieses Paragraphen und dessen Wirkung so manche Theorie aufgestellt. Im neunten Kapitel werden diese Argumentationen in Bezug auf die Frage, ob es möglicherweise eine rechtssystematische Erklärung für die weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW gibt, untersucht. Diese Erklärung ist im laut Gesetzgeber durch diesen Paragraphen bedingten Vertragsübergang von Rechtswegen her nicht vorhanden. Hierbei wird die weite Auslegung nur festgestellt oder sogar nur angenommen (Abschnitt 9.2). Auch die durch Opzoomer geprägte 'espèce de réalité' ist nicht auf den Paragraphen 7A:1612 BW zurückzuführen. Die weite Auslegung bewirkt bereits eine 'güterrechtliche' Anwendung des Mietrechtes. Durch die Prägung Opzoomers wird die Anwendung eher verstärkt (Abschnitt 9.3). Diehuis geht bei der Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW implizit von drei Grundsteinen des Vermögensrechtes aus (Paragraph 1376 (Vorheriges) BW; 'nemo plus' analog; die Einteilung in Güter- und Schuldrecht). Diese führen jedoch zu miteinander nicht zu vereinbarenden Ergebnissen (Abschnitt 9.4). Die weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW lässt sich nicht auf Interpretationen des Paragraphen 1354 (Vorheriges) BW, noch auf die derzeitige Regelung in den Paragraphen 6:251 und 6:252 BW zurückführen (Abschnitt 9.5). Geht man davon aus, dass das Mietrecht einen güterrechtlichen Charakter hat und folglich in das öffentliche Register eingetragen werden muss, dann wird damit nicht nur die weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW ausgeräumt, sondern ist der Paragraph als Ganzer überflüssig. Registrierung des Mietrechtes wird jedoch für undurchführbar gehalten (Abschnitt 9.6). Es ist unwahrscheinlich, dass Paragraph 7A:1612 BW auf einen Grundsatz des altholländischen Rechtes zurückzuführen ist (Abschnitt 9.7). Mit der Auffassung, dass Paragraph 7A:1612 BW ein 'gesetzliches Schuldverhältnis' schafft, geht man von der weiten Auslegung aus (Abschnitt 9.8). Ein 'Erklärung' des Paragraphen 7A:1612 BW anhand der 'Pflichten des Vermieters', des Glaubens und/oder eines unechten Vertrages zugunsten eines Dritten - auf die Folgen für die Situation 'Miete-Nach-Hypothek' geprüft - führt zu mehr Fragen als

## ZUSAMMENFASSUNG

Lösungen (Abschnitt 9.9). Ist, wie Roes behauptet, die weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW offenbar vom Gesetzgeber beabsichtigt worden? Diese These ist sehr fraglich, da eine grundsätzliche und rechtssystematische Diskussion in Bezug auf diese weite Auslegung fehlt (Abschnitt 9.10; siehe ebenfalls Kapitel 8, Abschnitt 8.7). Die Versuche, die weite Auslegung anhand der Begriffe der Opportunität und des Glaubens (Abschnitt 9.11), der Zwiespältigkeit des Mietrechtes, der Schicklichkeit, des Vertrauens und der Kenntlichkeit (Abschnitt 9.12) und des Prinzips 'Vermietung ist Verwaltung' (Abschnitt 9.13) führen ebenfalls zu mehr Fragen als Lösungen. Obwohl Van Oven die weite Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW für falsch hält, wendet er sich dieser bei seinem Erklärungsansatz doch wieder zu (Abschnitt 9.14). Die Auffassung, dass nur rechtsgültig geschlossene Mietverträge innerhalb des Anwendungsbereich des Paragraphen 7A:1612 BW liegen, erklärt die weite Auslegung dieses Paragraphen (Abschnitt 9.15) nicht. Dies gilt auch für die Auffassung, dass als Folge des Überganges des Mietrechts, gemäß Paragraph 7A:1612 BW, Mietzahlungsansprüche durch das Forderungsrecht bezüglich dieser Forderungen *annektiert* werden (Abschnitt 9.16). Die Auffassung schließlich, dass gemäß Paragraph 7A:1612 BW ein Mietrecht einem beschränkten Recht gleichkommt, aber dass trotzdem eine Vermietungsklausel erforderlich ist, ist in sich widersprüchlich (Abschnitt 9.17).

### *Kapitel 10*

Aufgrund der Untersuchung in den vorhergehenden Kapiteln kann mit Recht die Behauptung aufgestellt werden, dass die Auslegung der Paragraph 7A:1612 BW im heutigen Recht zu weit ausgelegt wird. Es gibt keine Rechtfertigung für die allgemein angenommene Anwendbarkeit dieses Paragraphen in der Situation 'Miete-Nach-Hypothek', welche fast immer die Ursache der in den Kapiteln 2 bis einschließlich 7 besprochenen Komplikationen ist (Kapitel 8 und 9). Deshalb wird in Kapitel 10 ein eigener Vorschlag für eine beschränkte Auslegung dargelegt und ausgearbeitet (nachdem die weite Auslegung bereits durch A. van Oven und J.B.M. Roes als falsch bezeichnet wurde). In Abschnitt 10.2 wird die beschränkte Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW charakterisiert und die Grundlage dafür ausgearbeitet. Ausgangspunkt dabei ist, dass ein Hypothekengläubiger die Zwangsvollstreckung des belasteten Gutes in dem rechtlichem Zustand ausführen kann, in dem es sich im Moment der Hypothekenbestellung befand. Nur ein Mietrecht, das bereits im Moment der Hypothekenbestellung existierte (oder ein später unter den gleichen Bedingungen gewährtes Mietrecht), hat er gemäß Paragraph 7A:1612 BW zu beachten. Ist das Gut im Moment der Hypothekenbestellung jedoch unvermietet, so kann ein erst später gewährtes Mietrecht bei der Zwangsvollstreckung gegen den Hypothekengläubiger nicht inanspruch genommen werden (anders als in der Auslegung nach heutigem Recht und wie sehr bei der Zwangsvollstreckung auch von 'Verkauf-Nach-Vermietung' im Sinne des Paragraphen 7A:1612 BW die Rede sein mag). Auffallend ist, dass die beschränkte Auslegung für die Rechtspositionen des Mieters und des Hypothekengläubigers, so wie diese nach heutigem Recht festgelegt sind, ausschließlich positive Folgen hat: Die Verwirrung und die Rechtsunsicherheit, die im heutigen Recht mit dem Paragraphen 7A:1612 BW und der Vermietungsklausel einhergehen, verschwinden nämlich. Das durch den Gesetzgeber mit der Regelung im heutigen (und im kommenden) Recht beabsichtigte Ziel - ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem

Hypothekengläubigers und dem späteren Mieter - (dass jedoch nur teilweise erreicht wird, indem zuerst der Paragraph 7A:1612 BW zu weit ausgelegt wird und anschließend mit dem Paragraphen 3:264 BW 'Korrekturen' und 'Korrekturen der Korrekturen' angebracht werden) - geht einfach aus der beschränkten Auslegung hervor.

Wesentlich bei der beschränkten Auslegung ist die Tatsache, dass das Recht des Hypothekengläubigers in der Situation 'Miete-Nach-Hypothek' dem Mietrecht *vorausgeht*. Die Grundlage für die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Hypothekenrechts dem späteren Mietrecht gegenüber ist jener Ausgangspunkt des Güterrechtes, gemäß dem bereits vorhandenen güterrechtlichen Recht nicht durch Bestellung von neuen (güterrechtlichen) Rechten beeinträchtigt werden können. Dieses Prinzip hat einen allgemein vermögensrechtlichen Ursprung: Eine Einschränkung dieses Prinzips auf lauter güterrechtliche Rechte auf eine solche Art und Weise, dass persönliche (Miet-)rechte sich dem entzögen, wäre falsch. Dieses Prinzip ist im Gesetz und in der Gesetzgebungsgeschichte belegbar und in der Rechtsprechung, der Literatur und dem altholländischen Recht anzutreffen. Unter diesem Gesichtspunkt ist es merkwürdig, dass dies im heutigen Recht nicht konsequent durchgeführt wird, und dass die hiermit streitige zu weite Auslegung in großem Umfang Anwendung findet.

In Abschnitt 10.3 wird dargelegt, wie die beschränkte Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW in den betreffenden heutigen Paragraphen des BW und in den Paragraphen 7:226 und 7:227 des Entwurfs für das BW festgelegt werden kann. Anschließend werden die jeweiligen Rechtslagen des Hypothekengläubigers, des Käufers und des Mieters bei der beschränkten Auslegung erörtert. Die wichtigsten Gesetzesänderungen in Folge der beschränkten Auslegung wären: Paragraph 3:264 BW verfällt; die Absätze 5, 6 und 8 dieses Paragraphen bezüglich des präventiven Schutzes des Mieters gemäß Paragraph 7A:1623a-1623f BW werden in den Paragraphen 3:273 BW eingegliedert. Das Entschädigungsrecht des Mieters - zur Zeit in Paragraph 3:264, Absatz 7, BW niedergelegt - wird in den Paragraphen 3:282 BW bezüglich der übereinstimmenden Entschädigungsrechte beschränkt Berechtigter eingegliedert. In Paragraph 3:273 BW wird im ersten Absatz aufgenommen, dass auch Miet- und Pachtrechte, die nicht gegen den Verkäufer inanspruch genommen werden können, verfallen. Ein neu hinzuzufügender dritter Absatz des Paragraphen 3:273 BW enthält die Bestimmung, dass es dem Hypothekengläubiger dennoch freisteht, das belastete Gut in vermietetem Zustand Zwang zu versteigern. Andere Gläubiger, die am Verkauf des belasteten Gutes in unvermietetem Zustand interessiert sind, können sich gemäß Paragraph 517, Absatz 2 in Verbindung mit dem Paragraphen 526, Absatz 2, Rv (Paragraph 526, Absatz 2, Rv erweitert für andere spätere Rechte) an der Zwangsvollstreckung 'beteiligen'. In Bezug auf den Entwurf für das BW muss Paragraph 7:226 an die beschränkte Auslegung des Grundprinzips 'Kauf bricht nicht Miete' angeglichen werden. Der derzeitige zweite Absatz, der die Eigentumsübertragung durch den Vermieter mit der Zwangsvollstreckung durch einen Gläubiger des Vermieters gleichstellt, muss zum Beispiel verfallen. An Stelle dieses Absatzes kommt eine sich mit der ursprünglichen Bedeutung des Grundprinzips in Einklang befindende Bestimmung bezüglich eine Zwangsvollstreckung durch einen Gläubiger: (Nur) ein Gläubiger der gemäß eines dem Mietrecht nachfolgenden Rechtes zwangsversteigert, hat das Mietrecht zu beachten.

Für den Hypothekengläubiger ist die wichtigste Folge der beschränkten Auslegung des

## ZUSAMMENFASSUNG

Paragraphen 7A:1612 BW die, dass er das belastete Gut im Prinzip verkauft und in dem Rechtszustand liefert, in dem sich das Gut im Augenblick der Hypothekenbestellung befand. Dazu bedarf es keiner Vermietungsklausel; die mit dieser Klausel zusammenhängenden Unsicherheiten treten nicht mehr auf. Für den Käufer bedeutet die beschränkte Auslegung, dass ein Mieter, der sein Mietrecht *nach* der Hypothekenbestellung erwarb, vom Augenblick der Zwangsvollstreckung an ohne jegliches Recht auf das Gut verbleibt und durch den Käufer - auf Grund seines Eigentumsrechtes - zur Räumung gezwungen werden kann (die Diskussion bezüglich der Grundlage für die Befugnis zur Inanspruchnahme-/Räumungsbefugnis des Käufers erübrigt sich...). Für den Mieter bedeutet die beschränkte Auslegung ebenfalls eine Verbesserung: Der im heutigen Recht erweckte falsche Eindruck, dass bei einer Konfrontation mit einem Hypothekengläubiger seine Rechtslage in allen Fällen gesichert ist, wird weggenommen. Im Übrigen bleibt seine Rechtsposition, einschließlich der im derzeitigen Paragraphen 3:264, Absatz 5-8, BW niedergelegten Rechte, unberührt.

In Abschnitt 10.4 werden einige Bedenken, die in der Vergangenheit bezüglich des Entfallen der Vermietungsklausel geäußert wurden, erörtert. Diese Bedenken beruhen jedoch entweder auf eine zu weite und daher falsche Auslegung des Paragraphen 7A:1612 BW und erübrigen sich deshalb in der beschränkten Auslegung, oder auf eine in sich widersprüchliche Auffassung, oder auf die nicht zutreffende Annahme, dass die Abschaffung der Vermietungsklausel zu übergangsrechtliche Schwierigkeiten führen würde. Insbesondere letzteres ist falsch: Die Rechtslagen des Hypothekengläubigers und des Mieters bleiben unverändert, lediglich die nach dem heutigen Recht existierenden Umwege und Komplikationen verschwinden.

Die in den Kapiteln 2 bis einschließlich 7 besprochenen und analysierten Schwierigkeiten und Komplikationen werden in Abschnitt 10.5 nacheinander erneut untersucht, diesmal jedoch aus der Perspektive der beschränkten Auslegung. In Anbetracht des oft detaillierten und hybriden Charakters der Schwierigkeiten und Komplikationen ist es im Rahmen dieser Zusammenfassung nicht möglich, das Ergebnis dieser Untersuchung kurz wiederzugeben. Wohl kann die Behauptung aufgestellt werden, dass aus der Ausarbeitung der beschränkten Auslegung hervorgeht, dass die Schwierigkeiten, die im derzeit gültigen Recht bezüglich der Situation 'Miete-Nach-Hypothek' existieren, nicht mehr auftreten. Die im derzeit gültigen Recht zur Korrektur anderer Umwege erforderlichen Umwege werden überflüssig und die Verwirrung verschwindet. Die Rechtssicherheit kann - zum erstenmal in diesen Bereich - ihren Eintritt halten.

*Vertaling: Jean Pluis*

## Lijst van aangehaalde literatuur

- Abas, P.*, Huurbeding en veilingkoper, WPNR 5928 (1989), p. 506-507.
- Abas, P.*, Naschrift, WPNR 5987 (1991), p. 5.
- Abas, P.*, Wetsvoorstel 26 089: een gemiste kans op een nieuw huurrecht, NTBR 1999/2, p. 35-38.
- Adriaansens, C.A.*, Onroerend-goedrecht en NBW, BR, nr. 1 - januari 1990, p. 2-7.
- Adriaansens, C.A.*, Huurrecht onroerende zaken en het nieuwe BW, RM Themis 1995/1, p. 3-14.
- Adriaansens, C.A.*, Het huurbeding per 1 januari 1995, BR nr. 2 - februari 1995, p. 104-107.
- Albers-Dingemans (1998)*: Albers-Dingemans, R.L., Hinderpalen bij executie, in: Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht, Preadvies Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, uitgebracht door Albers-Dingemans, R.L., Stein, H., Hees, J.J. van, Broekveldt, L.P., Mijnsen, F.H.J., Lelystad/'s-Gravenhage 1998, p. 13-50.
- Ankum (1967)*: Ankum, J.A., De voorouders van een boze fee, Beschouwingen over de geschiedenis van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie, Rede Leiden 1964, Zwolle 1964.
- Ankum (1967)*: Ankum, J.A., De voorouders van een tweehoofdig twistziek monster, Beschouwingen over de historische ontwikkeling van het beding ten behoeve van een derde, Rede Amsterdam 1967, Zwolle 1967.
- Asbreuk-van Os, M.M.*, De regel 'koop breekt geen huur' in wetsvoorstel 26 089 vertoont (verborgen) gebreken, WPNR 6386 (2000), p. 31-35.
- Asbreuk-van Os, M.M.*, Naschrift, WPNR 6395 (2000), p. 217-218.
- Asbreuk-van Os, M.M.*, Naschrift, WPNR 6407 (2000), p. 458-459.
- Asbreuk-van Os, M.M.*, noot bij HR 21 januari 2000, NJ 2000, 237, WR 2000, 10, p. 259-264.
- Asch van Wijk, Van*, Hand. II 1824-1825 (Versl.): Burgerlijk Wetboek (Behandeling der Titels VII en VIII van Boek III), Handelingen der Staten-Generaal, zitting 1824-1825, Verslag, p. 217-218.
- Asser (1838)*: Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon; nagelaten werk van Asser, C, uitgegeven door Asser, L., en Asser, C.D., Tweede druk, 's-Gravenhage en Amsterdam 1838.
- Asser-Abas (huur) (1990)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Bijzondere overeenkomsten, deel II, Huur en pacht, zevende druk, bewerkt door Abas, P., Rueb, A.S. en Brunner, C.J.H., Zwolle 1990.
- Asser-Abas (HUUR) 5-II (1997)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Huur, Supplement op de zevende druk van Bijzondere overeenkomsten, deel 5-II, Huur en Pacht, door Abas, P., Deventer 1997.
- Asser-Beekhuis I (Zakenrecht) (1985)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Zakenrecht, Algemeen deel, Twaalfde druk, bewerkt door Beekhuis, J.H., Mijnsen, F.H.J., Haan, P. de, Zwolle 1985.
- Asser-Beekhuis II Zakenrecht (1990)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Zakenrecht, Tweede deel, Eigendom en beperkte zakelijke genotsrechten, twaalfde druk, bewerkt door Beekhuis, J.H., Davids, W.J.M., Mijnsen, F.H.J. en Velten, A.A. van, Zwolle 1990.
- Asser-Brunner (pacht) (1990)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Bijzondere overeenkomsten, deel II, Huur en pacht, zevende druk, bewerkt door Abas, P., Rueb, A.S. en Brunner, C.J.H., Zwolle 1990.
- Asser-Kamphuisen-Van Andel (1960)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Neder-

- landsch Burgerlijk Recht, Derde deel - Verbintenissenrecht, Derde stuk, Bijzondere overeenkomsten, derde druk, bewerkt door Kamphuisen, P.W. en Andel, J. van, Zwolle 1960.
- Asser-Hartkamp 4-I (2000)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, Deel I, De verbintenis in het algemeen, elfde druk, bewerkt door Hartkamp, A.S., Deventer 2000.
- Asser-Hartkamp 4-II (1997)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, Deel II, Algemene leer der overeenkomsten, tiende druk, bewerkt door Hartkamp, A.S., Zwolle 1997.
- Asser-Mijnssen-Davids-Van Velten (1996)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Zakenrecht, Tweede deel, Zakelijke rechten, dertiende druk, bewerkt door Davids, W.J.M., Mijnssen, F.H.J., Velten, A.A. van, Deventer 1996.
- Asser-Mijnssen-De Haan (1992)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Zakenrecht, Algemeen Goederenrecht, dertiende druk, bewerkt door Mijnssen, F.H.J., Haan, P. de, Zwolle 1992.
- Asser-Van Oven Zakenrecht (1967)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Tweede deel, Zakenrecht, eerder bewerkt door Scholten, P., negende druk, Bijzonder deel, Tweede stuk (zekerheidsrechten), bewerkt door Oven, A. van, Zwolle 1967.
- Asser-Van Oven Zakenrecht III (1978)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Zakenrecht, Zekerheidsrechten, tiende druk, bewerkt door Oven, A. van, Zwolle 1978.
- Asser-Rutten I (1981)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, Deel I, De verbintenis in het algemeen, zesde druk, bewerkt door Rutten, L.E.H., Zwolle 1981.
- Asser-Rutten II (1982)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, Deel II, Algemene leer der overeenkomsten, zesde druk, door Rutten, L.E.H., Zwolle 1982.
- Asser-Scholten (1905)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede deel, vierde druk, bewerkt door Scholten, P., Zwolle 1905.
- Asser-Scholten Zakenrecht (1913)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede deel, Zakenrecht, vijfde druk, bewerkt door Scholten, P., Zwolle 1913.
- Asser-Scholten Zakenrecht (1927)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede deel, Zakenrecht, zesde druk, bewerkt door Scholten, P., Zwolle 1927.
- Asser-Scholten Zakenrecht (1933)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede deel, Zakenrecht, zevende druk, bewerkt door Scholten, P., Zwolle 1933.
- Asser-Scholten Zakenrecht (1945)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede deel, Zakenrecht, achtste druk, bewerkt door Scholten, P., m.m.v. Scholten, G.J., Zwolle 1945.
- Asser-Scholten, Algemeen deel (1974)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen Deel, door Scholten, P., met feitelijke gegevens aangevuld door Scholten, G.J., Zwolle 1974.
- Asser-Van Velten Zakenrecht III (1986)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Zakenrecht, Zekerheidsrechten, elfde druk, bewerkt door Mijnssen, F.H.J. en Velten, A.A. van, Zwolle 1986.
- Asser-Mijnssen Zakenrecht III (1994)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Zakenrecht, Zekerheidsrechten, twaalfde druk, bewerkt door Mijns-

- sen, F.H.J. en Velten, A.A. van, Zwolle 1994.
- Asser-Van Velten Zakenrecht III (1994)*: Asser, C., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Zakenrecht, Zekerheidsrechten, twaalfde druk, bewerkt door Mijnsen, F.H.J. en Velten, A.A. van, Zwolle 1994.
- Bartels, S.E. en Heyman, H.W.*, Het beschermingsmechanisme van het beslag (tot levering) bij vervreemding en bezwaring van het beslagen goed, WPNR 6306-6307 (1998), p. 192-196 resp. 207-210.
- Beneditty, N. de*, Naar aanleiding van de jongste rechtspraak op art. 1612 B.W., WPNR 2839 (1924), p. 269-271.
- Beneditty, N. de*, Koop breekt geen huur, WPNR 2442-2444 (1916), resp. p. 497-501, 509-511 en 517-519.
- Beneditty, N. de*, De interpretatie van art. 1612 B.W., WPNR 3553-3554 (1938), resp. p. 49-52 en p. 69-71.
- Van Berckel, diss.*: Berckel, A.L.M. van, Het rechtskarakter der huur van onroerend goed volgens hedendaagsch recht, dissertatie Amsterdam 1920.
- Berger (P-G)*, Conclusie voor HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848, m.n. EMM (De Boer/Haskerveenpolder).
- Berger, K.F.M.*, Reactie, WPNR 6064 (1992), p. 711-712.
- Van den Bergh (1979)*: Bergh, G.C.J.J. van den, Eigendom, Grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip, serie Rechtshistorische cahiers nr. 1, Deventer 1979.
- Van den Bergh (2000)*: Bergh, G.C.J.J. van den, Geleerd recht, een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht, vierde druk, Deventer 2000.
- Blaisse, F.B.*, Een vergeten artikel (1230 BW), NJB 1981/13, p. 342.
- De Blécourt (1939)*: De Blécourt, A.S., Kort Begrip van het Oud-Vaderlandsch Burgerlijk Recht, vijfde druk, Groningen-Batavia 1939.
- De Blécourt-Fischer (1959)*: De Blécourt, A.S., Kort Begrip van het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht, zevende druk, bewerkt door Fischer, H.F.W.D., Groningen 1959.
- Bloembergen, A.R.*, Wnd. A-G, Conclusie voor HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 m.n. G. (WUH/Mr. Emmerig q.q.).
- M.A. Blom (1989)*: Blom, M.A., Zekerheidscessie en stille verpanding van toekomstige vorderingen, NIBE-bankjuridische reeks, Amsterdam 1989.
- Blom, M.A.*, Belangen van hypotheekhouder en koper onroerend goed in het geding, V&O mei 1991/Afl. 1, p. 4-6.
- Blom, M.A.*, Beslag op en cessie van toekomstige (huur)vorderingen; 'vervreemding' ex art. 1612 BW door eigenaar of hypotheekhouder van het verhuurde, Kw.ber. Nieuw BW 1991/3, p. 69-77.
- Bockwinkel, A.*, Stand van de rechtspraak t.a.v. het huurbeding (art. 1230 BW), WPNR 5910 (1989), p. 183-188.
- Bockwinkel (1991)*: A. Bockwinkel, Huurbescherming bij woonruimte, Verkenningen, Deventer 1991.
- Bodenstein, diss.*: Bodenstein, H.D.J., Huur van Huizen en Landen volgens het hedendaagsch Romeinsch-Hollandsch Recht, dissertatie Leiden 1907, Leiden 1907.
- Boom, W.H. van*, Toekomstigheid van vorderingen. Wanneer is een vordering nu eigenlijk toekomstig?, WPNR 6108-6109 (1993), p. 699-703 resp. 721-724.

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

- Botje, D.*, Het huurbeding en misbruik van recht - I, WPNR 5425 (1978), p. 158 - 159.
- P.K. Bouwes Bavinck*, in: *85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken (1991)*: Bouwes Bavinck, P.K., Inbreuken op het recht van parate executie van de hypotheekhouder onder huidig recht, naar komend recht en in de voorstellen van de Commissie Mijnsen, in: *85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken*, Deventer 1991, p. 127-145.
- Brakel, S. van*, De nawerking der lastgevingstheorie in het nieuwe hypotheekrecht, WPNR 3171-3172 (1930), resp. p. 559-601 en 615-618.
- Brakel, S. van*, Hypotheek, huurbeding en beslag, WPNR 3554 (1938), p. 65-69.
- Van Brakel I (1948)*: Brakel, S. van, Leerboek van het Nederlandsche Verbintenissenrecht, Derde druk, Eerste deel, Zwolle 1948.
- Van Brakel II*: Brakel, S. van, Leerboek van het Nederlandsche Verbintenissenrecht, Tweede deel, Tweede druk, Zwolle.
- Bruijn, A.R. de*, Het huurbeding in hypotheekakten naar huidig en toekomstig recht, RM Themis 1961, p. 98-105.
- De Bruijn (1992)*: Bruijn, A.R. de, De Notariële akte als executoriale titel, Tweede druk bewerkt door Kraan, C.A., Ars Notariatus X, Deventer 1992.
- Burgerlijke rechtsvordering (H. Stein)*: Burgerlijke rechtsvordering (losbladig), bewerkt door Stein, H.
- Cerutti (1972)*: Cerutti, F.F.X., Hoofdstukken uit de Nederlandse Rechtsgeschiedenis, Samenvatting en teksten van zes colleges over bijzondere onderwerpen, Uitgegeven door Bergh, G.C.J.J. van den, Nijmegen 1972.
- Clements/Fairest (1996)*: Clements, L.M., en Fairest, P.B., Housing Law, Text, Cases and Materials, London 1996.
- Coebergh, H.P.J.M.*, Nogmaals: N.a.v. rechtsvraag in WPNR 5300, WPNR 5351 (1976), p. 349.
- Colin/Capitant (1928)*: Colin, A., en Capitant, H., Cours élémentaire de Droit Civil Français, Tome premier, Quatrième édition, Librairie Dalloz, 1928.
- Van Creveld (1953)*: Creveld, I. van, Cessie van schuldvorderingen, tweede herziene en vermeerderde druk, Zwolle 1953.
- Croes (1991)*: Croes, A.L., Over huur en onderhuur, Grondtrekken van het geldende huurrecht, 4e herziene en uitgebreide druk, Arnhem 1991.
- Van Dale (1995)*: Dale, Van, Groot woordenboek der Nederlandse taal, Twaalfde uitgave 1992, door prof. dr. G. Geerts en dr. H. Heestermans, Utrecht/Antwerpen 1995.
- Demolombe (1853)*: Demolombe, C., Cours de Code Napoléon, Tome IX, De la distinction des biens de la propriété de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation, I, Paris 1853.
- Derine, diss.*: Derine, R., Grenzen van het eigendomsrecht in de negentiende eeuw, kritische bijdragen met het oog op een genuanceerder evolutiebeeld voor de private eigendom in Frankrijk en België sedert de invoering van het Burgerlijk Wetboek, proefschrift, Antwerpen 1955.
- Diephuis VI*: Diephuis, G., Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek, zevende deel, tweede druk, Groningen 1886.
- Diephuis XII*: Diephuis, G., Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, twaalfde deel, Groningen 1889.
- Dovring, Fischer en Meijers (1965)*: Hugo de Groot, Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid, met de te Lund teruggevonden verbeteringen, aanvullingen en opmerkingen van den schrijver en met verwijzingen naar zijn andere geschriften uitgegeven en van aantekeningen en bijlagen voorzien door



LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

- Dovring, F; Fischer, H.F.W.D. en Meijers, E.M., Tweede uitgave, Leiden 1965.
- Dozy, R.A.*, Recente rechtspraak, Alweer het huurbeding, WPNR 5928 (1989), p. 509-511.
- Dozy, R.A.*, Van de veilingkoper en diens ontruimingsrecht, WPNR 5967 (1990), p. 429-434.
- Dozy, Handboek Huurrecht*: Handboek Huurrecht, onder redactie van Dozy, R.A., Rueb, A.S., Vrolijk, H.E.M., Wijkerslooth-Vinke, E.E. de, Deventer (losbladig).
- Dozy/Jacobs (1999)*: Dozy, R.A. en Jacobs, Y.A.M., Hoofdstukken huurrecht voor de praktijk, derde druk, Gouda Quint 1999.
- Dubischar, diss.*: Dubischar, R., Über die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative. Ein dogmengeschichtlicher Beitrag zur Lehre vom subjektiven Privatrecht, Inaugural-Dissertation, Tübingen 1961.
- Dullemond, diss.*: Dullemond, W.B., De historische interpretatie van artikel 1354 van het Burgerlijk Wetboek, dissertatie Amsterdam, Amsterdam 1920.
- Dijke, L.G. van*, Een voorkeursrecht voor huurders?, WPNR 5573 (1981), p. 485-489.
- Eggens, J.*, Strecking en werking van art. 1230 B.W., Themis 1921, p. 207-232.
- Eggens, J.*, Naschrift, WPNR 3554 (1938), p. 69.
- Eggens, De retentor en art. 2014 B.W., VPO I*: Eggens, J., De retentor en art. 2014 B.W., WPNR 3366-3368 (1934), tevens in Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen, tweede druk, Haarlem 1958, p. 295-309.
- Eggens, Een belangrijk arrest., VPO I*: Eggens, J., Een belangrijk arrest inzake het huurbeding bij hypotheek (uit het Indisch Tijdschrift van het Recht, deel honderd vijf en veertig 1937, afl. 6), tevens in Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen, tweede druk, Haarlem 1958, p. 446-449.
- Eggens, Art. 1230 jo art. 1223 B.W., VPO I*: Eggens, J., Art. 1230 jo art. 1223 B.W., WPNR 3539-3540 (1937), tevens in Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen, tweede druk, Haarlem 1958, p. 450-462.
- Eggens, J.*, Over de verhouding tussen eigendom en verbintenis, Mededeelingen der Koninklijke Nederlandsche Akademie van Wetenschappen, N.R., deel 23, nr. 7, Afdeling Letterkunde, Amsterdam 1960, p. 187-204.
- Enschedé, diss.*: Enschedé, Ch., Het karakter van de "huur" benevens zijne toepassing in het faillissement, dissertatie Leiden 1883.
- EK 17.496, nr. 217*: Eerste Kamer, vergaderjaar 1987/1988, 17.496, nr. 217 (Voorlopig Verslag).
- EK 17.496, nr. 225*: Eerste Kamer, vergaderjaar 1986/1987, 17.496, nr. 225 (Tweede nader gewijzigd voorstel van wet).
- EK 24.212, nr. 220*: Wetsvoorstel 24.212 (Vaststelling en invoering van afdeling 7.1.12 (huur-koop onroerende zaken) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek), Eerste Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 212, nr. 220 (Gewijzigd voorstel van wet).
- Erp, R.H. van*, "Aansluitende" huurbedingen, NbBW juni 1993/Afl. 6, p. 65-67.
- Erp, J.H.M. van*, Wordt huur een verhandelbaar goed?, WPNR 6407 (2000), p. 456-457.
- Eussen, H.A.*, Het huurbeding in de hypotheekakte, WPNR 3575 (1938), p. 312-315.
- Everts, Ph.P.C.H.*, Worden door een aan een koopcontract toegevoegd beding, zelfs wanneer dit geen zakelijk recht betreft, ook latere koopers gebonden?, Themis 1884, p. 515-549.
- Faber (1862)*: Faber, G.J.A., Hypotheek en de hypotheekbanken in Nederland, Eene lezing, Rotterdam 1862.

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

- N.E.D. Faber, in: Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht (1997):* Faber, N.E.D., Levering van toekomstige goederen en overdracht onder opschortende voorwaarde. Een uitgemaakte zaak?, in: *Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer 1997, p. 179-221.
- N.E.D. Faber, in: BW-krant Jaarboek 16 (2000):* Faber, N.E.D., Beschikken in het heden met het oog op de toekomst. Dogmatiek of gebakken lucht?, *BW-krant Jaarboek 16*, Deventer 2000, p. 173-184.
- Feenstra (1979):* Ius in re, Het begrip zakelijk recht in historisch perspectief, voordracht gehouden aan de Rijksuniversiteit te Gent op 10 maart 1978, serie Thorbecke colleges, nr. 4, Zwolle 1979.
- Feenstra (1994):* Feenstra, R., Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht, Inleidende hoofdstukken, zesde druk, met addenda en corrigenda, Leiden 1994.
- Fesevur, J.E.,* Het probleem van het huurbeding, *Kw.ber. Nieuw BW 1984/0*, p. 8-10.
- Fesevur, J.E.,* Kroniek, Boek 3, titels 4 tot en met 10, *Kw.ber. Nieuw BW 1984/3*, p. 90-92.
- Fesevur, J.E.,* Nieuwe wijzigingen in Boek 3 Nieuw BW, *Kw.ber. Nieuw BW 1985/3*, p. 69-74.
- Fesevur, J.E.,* Reactie, *WPNR 6269 (1997)*, p. 319-320.
- Fesevur, J.E.,* Vijf jaar nieuw vermogensrecht; het algemene deel van het goederenrecht, een goede zaak?, *N TBR 1997/5*, p. 99-100.
- Fesevur (1997):* Fesevur, J.E., Goederenrechtelijke colleges, Tweede druk, Nijmegen 1997.
- Fikkers, H.A.G.,* Anderhalf jaar goederenrecht, *Adv.bl. 1991, Afl. 18, jrg. 71*, p. 518-527.
- Filott, W.H.G.A.,* Reactie, *WPNR 6212 (1996)*, p. 126-127.
- Fockema Andreae (1906):* Fockema Andreae, S.J., *Het Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht*, Eerste deel, Haarlem 1906.
- Gerbenzon/Algra (1969):* Gerbenzon, P. en Algra, N.E., Voortgangh des rechtens, De ontwikkeling van het Nederlandse recht tegen de achtergrond van de Westeuropese cultuur, Groningen 1969.
- Gerver (1994):* Gerver, P.H.M., *Het recht van hypotheek*, Studiepockets privaatrecht 49, Zwolle 1994.
- Van Gessel-de Roo (1991):* Van Gessel-de Roo, M.J.E.G., Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798, deel 7 (Werken der Stichting tot uitgaaf der bronnen van het oud-vaderland se recht; nr. 21), Zutphen 1991.
- M.J.E.G. van Gessel-de Roo, in: Twaalf bijdragen tot de studie van de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw (1993):* Van Gessel-de Roo, M.J.E.G., De codificatiegedachte in Nederland in de jaren 1795-1798. De totstandkoming van het codificatieartikel in de eerste Nederlandse staatsregeling, in: *Twaalf bijdragen tot de studie van de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw*, Groningen/Amsterdam 1993, p. 44-78.
- Gilissen, J.,* "Huur gaat voor koop" in het Oud-Belgische recht, *Tijdschrift voor Rechtsge schiedenis* 1939, deel XVI, p. 281-319.
- Gils, H.S.A. van,* *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, Belastingen van Rechtsverkeer en Registratiewet*, bewerkt door Gils, H.S.A. van, Art. 2 BRV, aant. 2 t/m 3A.
- Goederenrecht (Rank-Berenschot) (1996):* Goederenrecht, Snijders, H.J. en Rank-Berenschot, E.B., Studiereeks Burgerlijk recht, Deventer 1996.
- Goederenrecht (H.J. Snijders) (1996):* Goederenrecht, Snijders, H.J. en Rank-Berenschot, E.B., Studiereeks Burgerlijk recht, Deventer 1996.
- Grinten, W.C.L. van der,* Het huurbeding van artikel 1230 BW, noot onder HR 14 mei 1976, *RvdW 1976, nr. 52 (Albers/Assmann en Donck)*, A.A. 1976, p. 536-542.
- Grinten, W.C.L. van der,* noot onder HR 30 januari 1987, *NJ 1987, 530 (WUH/Mr. Emmerig*

- q.q).
- L. Groefsema, diss.:* Groefsema, L., Bevoegd beschikken over andermans recht, dissertatie Groningen 1993, Deventer 1993.
- Groot, J.F. de,* Hypotheek en huurbeding in onteigeningszaken, BR nr. 3 - maart 1994, p. 181-187.
- Groot, J.J.A. de,* N.av. RvT. I in WPNR 5300, WPNR 5340 (1976), p. 165-166.
- De Groot I (1939):* Groot, Hugo de, Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid, beschreven bij Hugo de Groot, met aantekeningen van Fockema Andreae, S.J., Vierde, herziene en vermeerderde uitgave door Apeldoorn, L.J. van, Deel I, Arnhem 1939.
- De Groot II (1939):* Groot, Hugo de, Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid, beschreven bij Hugo de Groot, met aantekeningen van Fockema Andreae, S.J., Vierde, herziene en vermeerderde uitgave door Apeldoorn, L.J. van, Deel II, Arnhem 1939.
- De Groot, Inleidinge:* Groot, Hugo de, Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid, met de te Lund teruggevonden verbeteringen, aanvullingen en opmerkingen van den schrijver en met verwijzingen naar zijn andere geschriften uitgegeven en van aantekeningen en bijlagen voorzien door Dovring, F, Fischer, H.F.W.D en Meijers, E.M., Tweede uitgave, Leiden 1965.
- H.,* (Antwoord op rechtsvraag), WPNR 5340 (1976), p. 166.
- De Haan (1969):* Haan, P. de, Pachtrecht, Commentaar op wet en jurisprudentie, Tjeenk Willink, Zwolle 1969.
- De Haan (1973):* Haan, P. de, Preadvis Nederlandse Juristen-Vereeniging, Handelingen 1973 der Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel 1, tweede stuk, Zwolle 1973, p. 7-153.
- P. de Haan, in: Kadaster congres-bundel (1991):* Haan, P. de, De Kadasterwet op de grens van publiek- en privaatrecht, in: Kadaster congres-bundel, Vermande 1991, p. 59.
- Haas, M.J.O.M. de,* Het huurbeding weer in een te ruime jas; art. 3.9.4.8. NBW en het belang van de hypotheekhouder, WPNR 5693 (1984), p. 233-235.
- Haas, M.J.O.M. de,* Naschrift, WPNR 5705 (1984), p. 440-441.
- Hamaker, G.,* Eigendomsoverdracht en huur, WPNR 5010 (1968), p. 401-407.
- Handboek Huurrecht (Dozy):* Handboek Huurrecht, onder redactie van Dozy, R.A., Rueb, A.S., Vrolijk, H.E.M., Wijkerslooth-Vinke, E.E. de, Deventer (losbladig).
- Hand. II 1820-1821 (Bijl.):* Handelingen der Staten-Generaal, zitting 1820-1821, Bijlagen van het Verslag der Handelingen van de Tweede Kamer.
- Hand. II 1823-1824 (Versl.):* Handelingen der Staten-Generaal, zitting 1823-1824, Verslag der Handelingen van de Tweede Kamer.
- Hand. II 1823-1824 (Bijl.):* Handelingen der Staten-Generaal, zitting 1823-1824, Bijlagen van het Verslag der Handelingen van de Tweede Kamer.
- Hand. II 1824-1825 (Versl.):* Handelingen der Staten-Generaal, zitting 1824-1825, Verslag der Handelingen van de Tweede Kamer.
- Hand. II 1824-1825 (Bijl.):* Handelingen der Staten-Generaal, zitting 1824-1825, Bijlagen van het Verslag der Handelingen van de Tweede Kamer.
- Hand. II 1832-1833 (Bijl.):* XIX. Wijziging der Titels XVIII-XX van het IIde Boek van het Burgerlijk Wetboek, Handelingen der Staten-Generaal, zitting 1832-1833, IIde deel, Bijlagen van het Verslag der Handelingen van de Tweede Kamer.
- Hand. II 1833-1834 (Bijl.):* IV. Wijziging der Titels XVIII-XX van het IIde Boek van het Burgerlijk Wetboek, Handelingen der Staten-Generaal, zitting 1833-1834, IIde deel, Bijlagen van het Verslag der Handelingen van de Tweede Kamer.

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

- Hand. II 1928-1929 (Bijl.), 437 nr. 3 (MvT):* Handelingen der Staten-Generaal, Bijlagen van het Verslag der Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 1928-1929, 437 nr. 3 (Memorie van Toelichting).
- Hand. II 1929-1930 (Bijl.), 63, nr. 1 (VV):* Handelingen der Staten-Generaal, Bijlagen van het Verslag der Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 1929-1930, 63, nr. 1 (Voorloopig Verslag).
- Hand. II 1930-1931 (Bijl.), 31. 1 (MvA):* Handelingen der Staten-Generaal, Bijlagen van het Verslag der Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 1930-1931, 31 nr. 1 (Memorie van Antwoord).
- Hand. II 1956-1957 (Bijl.), 3884, nr 10 (Versl.):* Handelingen der Staten-Generaal, Bijlagen van het Verslag der Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 1956-1957, 3884, nr. 10 (Verslag van het mondeling overleg, tevens eindverslag).
- Hartkamp, A.S.,* conclusie voor HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.n. HJS (Van Berkel/Tribossa).
- Hartkamp, A.S.,* conclusie voor HR 7 juni 1991, NJ 1992, 262 m.n. WMK (Gay Association/Engelen).
- Hasselt, W.J.C. van,* Verzameling van Nederlandsche Staatregelingen en Grondwetten, twaalfde druk, herzien en vermeerderd door R. Kranenburg, uitgeg. door N.V. Aldus, Hilversum.
- Heemskerk (1974):* Heemskerk, W.H., Vorderingsrecht en rechtsvordering, Rede Amsterdam 1974, Deventer 1974.
- Heemskerk (1997):* Heemskerk, W.H., Kort begrip van het executie- en beslagrecht, Vierde druk, 's-Gravenhage 1997.
- Van Hees (1997):* Hees, J.J. van, Leasing, dissertatie Nijmegen 1997, Serie Onderneming en Recht deel 8, Deventer 1997.
- E.M. Hemmen in: TOGI-bundel (1997):* Hemmen, E.M., Beslag en rechtsgevolg, in: Togi-bundel, Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid, Deventer 1997, p. 27-35.
- Hermesdorf (1972):* Hermesdorf, B.H.D., Schets der uitwendige geschiedenis van het Romeins Recht, zevende druk, Nijmegen 1972.
- Hermesdorf-bundel (1965):* Opstellen over Recht en Rechtsgeschiedenis, aangeboden aan Hermesdorf, Prof. Mr. B.H.D., ter gelegenheid van zijn aftreden als hoogleraar in Romeins en oud-Vaderlands recht aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen, Deventer 1965.
- Hertzog, diss.: Hertzog, A.,* Die Juriste-obsessies, sakelike reg en meer bepaald eiendom, dissertatie Leiden 1929, Amsterdam 1929.
- Heuff, W.,* Naschrift, WPNR 5928 (1989), p. 507.
- W. Heuff, in: 85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken (1991):* Heuff, W., Het huurbeding een vóórtdurend discussiepunt?, in: 85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken, Deventer 1991, p. 109-125.
- Heyman, H.W.,* Reactie, WPNR 6255 (1997), p. 86-88.
- Heyman, H.W., Bartels, S.E.,* Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van registergoederen, N TBR 1998/7, p. 219-225.
- Hielkema, H.,* Het huurbeding in het nieuw BW. Het gat in de huurbescherming gedicht?, Rechtspraak 1993-6/7, p. 10-16.
- H.R. Hoetink, in: Rechtskundige opstellen (1935):* Hoetink, H.R., Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet, in: Rechtskundige opstellen, op 2 november 1935 door oud-leerlingen aangeboden aan Prof. Mr. E.M. Meijers, Zwolle 1935, p. 474-491.
- Hofmann (1942):* Het Nederlandsche Verbintenissenrecht, door Hofmann, L.C., Tweede deel, De

- bijzondere overeenkomsten, Tweede druk, Groningen - Batavia 1942.
- Holleman, F.A.*, 'Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis (Revue d'histoire du droit), Deel XVI, aflevering 2-4; Deel XVII, aflevering 1 en 2,' WPNR 3693-3694 (1940), p. 437-440 resp. 449-452.
- Hondius, E.H.*, Operatie stofkam: rol van rechter in Nieuw BW wordt teruggedrongen, Kw.ber. Nieuw BW 1984/0, p. 2-6.
- Honsell-Mayer-Mali-Selb (1987)*: Honsell, Heinrich, Mayer-Mali, Theo, Selb, Walter, Römisches Recht, Aufgrund des Werkes von Jörs, Paul, Kunkel, Wolfgang, Wenger, Leopold, in Vierter Auflage, Berlin Heidelberg 1987.
- Horst, N.M. van der*, Stand van zaken Nieuw BW, Kw.ber. Nieuw BW 1985/1, p. 15-16.
- Horst, N.M. van der*, Stand van zaken Nieuw BW, Kw.ber. Nieuw BW 1986/2, p. 51-53.
- Horst, N.M. van der*, Het nieuwe huurrecht, NbBW februari 1999/af. 2, p. 14-16.
- Horst, N.M. van der*, Wetgeving, Het nieuwe huurrecht, N TBR 1999/3, p. 79-92.
- Houwing (1940)*: Houwing, Ph.A.N., Overdracht van toekomstige rechten, Preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen 1940, p. 1-99.
- Houwing, Ph.A.N.*, Overzicht van de rechtspraak, De Pacht, Mei 1942, p. 148-158.
- Hummel, diss.*: Hummel, J.K., Art. 1230 B.W., dissertatie Leiden 1886, Leiden 1886.
- Huijgen, W.G.*, Huurder of hypotheekhouder?, NTBR 1992/4, p. 140-142.
- Huijgen, W.G.*, Huurder of hypotheekhouder?, WPNR 6223 (1996), p. 363-364.
- Huijgen, W.G.*, Naschrift, WPNR 6238 (1996), p. 693-694.
- Huijgen, W.G.*, Naschrift, WPNR 6244 (1996), p. 819-820.
- Huijgen, W.G.*, Naschrift, WPNR 6255 (1997), p. 88-89.
- Huijgen, W.G.*, Naschrift, WPNR 6272 (1997), p. 363-364.
- Huijgen (1996)*: Huijgen, W.G., Burgerlijk recht in 26 adagia, Ius civile in XXV Adagiis, Deventer 1996.
- Hijma, diss.*: Hijma, Jac., Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, dissertatie Leiden 1988, Deventer 1988.
- Ingelse, P.*, De werking van rechterlijke uitspraken tegen derden, NJB, 16 januari 1982, af. 3, p. 65-74.
- Ingelse, P.*, De huidentraattruc (vervolgd), NJB 1 januari 1983, afl. 1, p. 15-16.
- Ingen, M.J.W. van*, Het huurbeding nieuwe stijl in perspectief, WPNR 6193 (1995), p. 591-596.
- Ingen, M.J.W. van*, Naschrift, WPNR 6212 (1996), p. 127.
- Ingen, M.J.W. van*, Reactie, WPNR 6238 (1996), p. 692-693.
- Van Ingen/Jongbloed/Van Haften (1998)*: Ingen, M.J.W. van, Jongbloed, A.W., Haften, H. van, Onderhandse executie, 'Executoriale verkoop uit de hand' ex art. 3:251 lid 1 BW en met name art. 3:268 lid 2 BW, Ars Notariatus LXXXVII, Deventer 1998.
- G.T. de Jong, diss.*: Jong, G.T. de, Registers, risico en goede trouw, dissertatie Groningen 1988, Arnhem 1988.
- J. de Jong (1992)*: Jong, J. de, Vastgoedinformatie in het rechtsverkeer, Rede Delft 1992, Ars Notariatus LVI, Deventer 1992.
- Kappeyne van de Coppello, J.*, Over Koop breekt geen huur, Themis 1884, p. 74-95.

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

- Kaser (1992):* Kaser, M., Römisches Privatrecht, 16., durchgesehene Auflage, München 1992.
- Kaser-Wubbe (1971):* Kaser, M., Romeins privaatrecht, in het Nederlands vertaald en bewerkt door F.B.J. Wubbe, tweede, herziene en bijgewerkte druk, Zwolle 1971.
- Ten Kate (A-G)*, conclusie voor HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 m.n. WMK (Albers/Assmann en Donck), AA XXV (1976), p. 536-542 m.n. G.
- Van Kleffens, diss.:* Kleffens, L.W. van, Over de bedingen bij hypotheek, waaraan de wet bijzondere kracht heeft toegekend, diss. Groningen 1861.
- G. Kleykamp-van der Ben, in: Van beheering (1998):* Kleykamp-van der Ben, G., Een leeg pandrecht? (Enkele actuele beschouwingen over het arrest Van Berkel/Tribosa), in: Van beheering: 'goederenrechtelijke beschouwingen', Twaalf opstellen bij het zestiende lustrum van societas iuridica Grotius en de vierhonderdenvijftiende geboortedag van Hugo de Groot, Deventer 1998, p. 65-74.
- Kleijn, W.M.*, Noot onder HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 (Albers/Assmann en Donck).
- Kleijn, W.M.*, Noot onder HR 25 januari 1977, NJ 1977, 362 (Hogevalksedijk).
- W.M. Kleijn, in: Gratia Commercii (1981):* Kleijn, W.M., Enkele overpeinzingen over het huurrecht woonruimten, in: Gratia Commercii, Opstellen aangeboden aan Prof. mr. A. van Oven ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Rijksuniversiteit te Leiden, Zwolle 1981, p. 105-113.
- Kleijn, W.M.*, Noot onder HR 5 februari 1982, NJ 1982, 471 (Ordelmans/Te Brake).
- Kleijn, W.M.*, noot onder HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 (Saneringsfonds/ABN).
- W.M. Kleijn, in: Goed en Trouw (1984):* Kleijn, W.M., Is de frontlijn tussen zakenrecht en verbintenissenrecht opgeschoven in het NBW?, in: Goed en Trouw, Opstellen aangeboden aan Prof. mr. W.C.L. van der Grinten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen, Zwolle 1984, p. 437-443.
- W.M. Kleijn, in: Van Wet naar recht (1984):* Kleijn, W.M., De rechter en de contractsvrijheid, in: Van wet naar recht, Opstellen aangeboden aan Prof. mr. J.P. Scheltens, Deventer 1984, p. 63-75.
- Kleijn, W.M.*, Noot onder HR 2 juni 1989, NJ 1990, 253 (Christenhusz/Brunsveld).
- Kleijn, W.M.*, Noot onder HR 3 februari 1989, NJ 1990, 249 (Pirouette/Broekmeulen).
- Kleijn, W.M.*, Noot onder HR 19 oktober 1990, NJ 1992, 227 (Staat der Nederlanden/Troost).
- Kleijn, W.M.*, Kan bij executie-veiling het geveilde goed veilig enige tijd op naam van de hypotheekgever blijven staan?, WPNR 6001 (1991), p. 249-250.
- Kleijn, W.M.*, Noot onder HR 7 juni 1991, NJ 1992, 262 (Gay Association/Engelen).
- Kleijn, W.M.*, Reactie, WPNR 6244 (1996), p. 819.
- Kleijn, W.M.*, Noot onder HR 15 november 1996, NJ 1997, 508 (Metterwoon/Van Ommen).
- Kleijngeld, M. en Zuidema, Tj.*, Eigendomsoverdracht van verhuurde woonruimte: theorie en praktijk, WR 1993-3, p. 61-66.
- Korthals Altes, F.*, (in:) Verslag van de Vaste commissie voor Justitie, Boeken 3, 5 en 6 BW, 1 juni 1987, UCV 76; Verslag Vaste commissie voor Justitie, Boeken 3, 5 en 6 BW, 24 juni 1987, UCV 85.
- Kortmann, S.C.J.J.*, Noot onder HR 14 februari 1997, NJ 1999, 409 (Zunoca/Het Land Aruba).
- Kortmann, S.C.C.J.*, Res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest, BW-krant Jaarboek 1993, Arnhem 1993, p. 137-148.
- Köster (1964):* Köster, H.K., Cessie naar huidig en wordend recht, Preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen 1964, p. 67-152.
- Kunst I (1967):* Kunst, A.J.M., Historische ontwikkeling van het recht, deel I, Zwolle 1967.
- Kunst II (1968):* Kunst, A.J.M., Historische ontwikkeling van het recht, deel II, Zwolle 1968.

- Van der Kwaak (1990)*: Kwaak, D.J. van der, Het rechtskarakter van het beslagrecht, Een analyse van een procesrechtelijk begrip aan de hand van een vergelijking met rechtsfiguren uit het burgerlijk recht, in het bijzonder met de zakelijke zekerheidsrechten, en met het faillissement, dissertatie Groningen 1990, Deventer 1990.
- D.J. van der Kwaak, in: CJHB (Brunner-Bundel) (1994)*: Kwaak, D.J. van der, Banque de Suez/Mr. Bijkerk q.q.: de Hoge Raad heeft zich niet vergist en is evenmin omgegaan, in: CJHB, Brunner-Bundel, Opstellen, op 15 april 1994 aangeboden aan prof. mr. C.J.H. Brunner ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag, Deventer 1994, p. 233-244.
- Kwaak, D.J. van der*, Is levering beslaglegging of is beslaglegging levering?, WPNR 6238 (1996), p. 680-686.
- Kwaak, D.J. van der*, Naschrift, WPNR 6269 (1997), p. 317-318.
- Land II*: Land, N.K.F., Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, tweede deel, 2e herziene en vermeerderde druk, Haarlem 1901.
- Land III*: Land, N.K.F., Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, derde deel, 2e herziene en vermeerderde druk, Haarlem 1902.
- Land IV*: Land, N.K.F., Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, vierde deel, 2e druk, herzien door Savornin Lohman, Jhr. W.H. de, Haarlem 1907.
- Land V*: Land, N.K.F., Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, vijfde deel, 2e druk, herzien door Star Busmann, C.W., Haarlem 1917.
- Leesberg, A.F.A.*, Enige opmerkingen over de gevolgen van art. 1612 B.W., Themis 1876, p. 325-332.
- A.J. van der Lely, in: Van beheering (1998)*: Lely, A.J. van der, Derdenbeslag op een verpande vordering, in: Van Beheering, 'goederenrechtelijke beschouwingen', Twaalf opstellen bij het zestiende lustrum van societas iuridica Grotius en de vierhonderdenvijftiende geboortedag van Hugo de Groot, Deventer 1998, p. 103-112.
- De Liagre Böhl/Kist (1983)*: Liagre Böhl, E.W.J.H. en Kist, J., Algemene aspecten van beslag en executie, Preadvies Koninklijke Notariële Broederschap, Deventer 1983, p. 69-119.
- Van Lier (1924)*: Lier, A.J.S. van, Zijn de hypotheekhouders, in verband met de in huurcontracten voorkomende bedingen, voldoende beschermd door de bepaling van artikel 1230 van het Burgerlijk Wetboek, Preadvies Broederschap der Notarissen 1924.
- Lokin en Zwolve (1986)*: Lokin, J.H.A. en Zwolve, W.J., Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis, Groningen 1986.
- Lokin (1989)*: Prota, Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten, uitgelegd door Lokin, J.H.A., Groningen 1989.
- Mechelsen, G.*, Reactie, WPNR 6091 (1993), p. 317-318.
- Megarry/Thompson (1993)*: Megarry, Sir Robert, en Thompson, M.P., Megarry's Manual of the Law of Real Property, seventh edition, London 1993.
- Meijers, E.M.*, Art. 1230 B.W., WPNR 2840 (1924), p. 285-288.
- Meijers, E.M.*, noot onder HR 22 februari 1929, NJ 1929, 1339, W. 11.988 m.n. HDJ.
- Meijers, E.M.*, noot onder HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848, (De Boer/Haskerveenpolder).
- Meijers, VPO I*: Meijers, E.M., Uitlegging en toepassing in Nederland van aan de Code Civil ontleende wetsvoorschriften, Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen, Eerste deel, Leiden 1954, p. 45-61.

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

- Michiels, D.*, De huurovereenkomst bij vervreemding van het verhuurde goed, *Rechtskundig Weekblad* 1991-1992, nr. 20, 18 januari 1992, p. 657-664.
- Van Mierlo, diss.*: Mierlo, A.I.M. van, *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand*, dissertatie Nijmegen 1988, Deventer 1988.
- Mierlo, A.I.M. van*, Reprise De Boer-Haskerveenpolder en de artt. 475, 475b NRv en 3:97 NBW, WPNR 6014 (1991), p. 509-514.
- A.I.M. van Mierlo, in: Van Beheering (1998)*: Mierlo, A.I.M. van, Goederenrechtelijke aspecten van (faillissements)beslag, in: *Van Beheering, 'goederenrechtelijke beschouwingen'*, Twaalf opstellen bij het zestiende lustrum van societas iuridica Grotius en de vierhonderdenvijftiende geboortedag van Hugo de Groot, Deventer 1998, p. 113-127.
- Mon. Nieuw BW B-12b (Huijgen)*: Monografieën Nieuw BW B-12b, Hypotheek, door Heuff, W., bewerkt door Huijgen, W.G., 3e druk, Deventer 2000.
- De Monté Ver Loren/Spruit, Hoofddlijnen (2000)*: De Monté Ver Loren, J.Ph., Hoofddlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse onwenteling, vijfde druk, bewerkt door Spruit, J.E., Deventer 2000.
- Mijnssen (1983)*: Mijnssen, F.H.J., *Algemene aspecten van beslag en executie*, Preadvies Koninklijke Notariële Broederschap, Deventer 1983, p. 3-66.
- Mijnssen (1987)*: Mijnssen, F.H.J., *Materieel beslagrecht*, Studiepockets privaatrecht 42, Zwolle 1987.
- Mijnssen (1992)*: Mijnssen, F.H.J., *Materieel beslagrecht*, Studiepockets privaatrecht 42, Zwolle 1992.
- Mijnssen, in: (On)zekerheid en nieuw recht (1992)*: Mijnssen, F.H.J., *Onzekerheid omtrent vorderingen als voorwerp van zekerheidsrecht*, in: *(On)zekerheid en nieuw recht*, 27e landelijk notarieel studentencongres, Amsterdam, 3 april 1992, *Ars Notariatus* LV, Deventer 1992, p. 51-68.
- Het Nederl. Burg. Wetboek*, de Code Civil, Het Wetboek Lodewijk Napoleon en het Burgerlijk Wetboek van 1830, met verwijzingen tot elkander en tot de overige wetboeken, benevens opgave van de voornaamste schrijvers over het tegenwoordig Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, uitgeg. door J.H. Gebhard & Comp., Leiden en Amsterdam 1850.
- Nelemans, G.N.*, Het huurbeding en misbruik van recht - II, WPNR 5425 (1978), p. 159-160.
- Nelissen, diss.*: Nelissen, A.P.L., *Huur en vervreemding*, diss. Leiden 1880, 's-Hertogenbosch 1880.
- Nève, P.L.*, Boekbespreking E.J.H. Schrage, *Koop breekt geen huur* (1984), *RM Themis*-6 (1985), p. 580-582.
- De Neeve, diss.*: Neeve, P.W. de, *Colonus, Privégrondpacht in Romeins Italië tijdens de Republiek en het vroege Principaat*, dissertatie Utrecht 1981 (eigen uitgave).
- Van Nierop (1937)*: Nierop, A.S. van, *Hypotheekrecht*, Tweede druk, Zwolle 1937.
- Nieskens-Ispording, B.W.M.*, *Naschrift*, WPNR 6091 (1993), p. 320.
- Oldenhuis e.a. (1999)*: Oldenhuis, F.T., Rossel, H.J., Gompén, P.M., Schaaf, F.R.A., Hoofddlijnen in het huurrecht, met vragen en antwoorden, derde druk, Deventer 1999.
- M.M. Olthof in: Recht Vooruit (1988)*: Olthof, M.M., *Overdracht van toekomstige vorderingen*, in: *Recht Vooruit*, Opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW, Deventer 1988, p. 121-137.



- Opzoomer III*: Opzoomer, C.W., Het Burgerlijke Wetboek verklaard, derde deel, Amsterdam 1871.
- Opzoomer VII*: Opzoomer, C.W., Het Burgerlijke Wetboek verklaard, Zevende deel, Art. 1417-1492, Amsterdam 1881.
- Van Oven (1948)*: Oven, J.C. van, Leerboek van Romeinsch Privaatrecht, Derde, onveranderde druk, Leiden 1948.
- Overzicht 1891-1916*, Naamlooze Vennootschap 'De Haarlemsche Hypotheekbank', Vijf en twintig boekjaren, aangeboden als herinnering aan 18 juli 1916, Rotterdam 1916.
- Oudelaar, H.*, Gelegde beslagen vervallen. Of niet?, WPNR 5887 (1988), p. 529-535.
- Pachtwet (Houwing/Heisterkamp)*: Pachtwet (losbladig), opgezet en oorspronkelijk bewerkt door Houwing, Ph.A.N., van 1977 tot 1989 bewerkt door Rombach, J., thans door Heisterkamp, A.H.T., Deventer.
- Parl. Gesch. Boek 3*: Zeben, C.J. van, en Pon, J.W. du, m.m.v. Olthof, M.M., Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen, Deventer 1981.
- Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*: Zeben, C.J. van, en Pon, J.W. du, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen, door Reehuis, W.H.M. en Slob, E.E., Deventer 1990.
- Parl. Gesch. Boek 5*: Zeben, C.J. van, en Pon, J.W. du, m.m.v. Olthof, M.M., Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien, Boek 5, Zakelijke rechten, Deventer 1981.
- Parl. Gesch. Boek 5 (Inv. 3, 5 en 6)*: Zeben, C.J. van, en Pon, J.W. du, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 5, Zakelijke rechten, door Reehuis, W.H.M. en Slob, E.E., Deventer 1990.
- Parl. Gesch. Boek 6*: Zeben, C.J. van, en Pon, J.W. du, m.m.v. Olthof, M.M., Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer 1981.
- Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6)*: Zeben, C.J. van, en Pon, J.W. du, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, door Reehuis, W.H.M. en Slob, E.E., Deventer 1990.
- Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6)*: Zeben, C.J. van, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de Rechterlijke Organisatie en de Faillissementswet, Aanpassing van de overige wetten, door Reehuis, W.H.M., Slob, E.E., m.m.v. Rijpkema, J.B., Deventer 1992.
- Parl. Gesch. boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*: Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, Titels 1, 7, 9 en 14, door Reehuis, W.H.M., Slob, E.E., Deventer 1991.
- Parl. Gesch. Boek 7 (Tekst)*: Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, van Meijers, E.M., ingevolge opdracht van de Minister van Justitie, opgesteld onder leiding van De Jong, F.J., Tekst, vierde gedeelte (Boek 7), 's-Gravenhage 1972.
- Peter, J.A.J.*, Goederenrecht, Jurisprudentie (HR 7 april 2000, RvdW 2000, 99C (WUH en De

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

- Vestingwachter BV/Staat der Nederlanden), AA Katern 76, bijlage bij AA 49 (2000) 9.
- Piotet (1993)*: Piotet, D., Le principe 'la vente ne rompt pas le bail' et le système général des droits réels, Editions Staempfli+Cie SA, Berne 1993.
- Piron, C.G.J.*, Enige opmerkingen rondom rechtsvraag III (huurbeding en gemeentegarantie) in WPNR 5666, WPNR 5680 (1984), p. 27-28.
- Pitlo Zakenrecht (1949)*: Pitlo, A., Het Zakenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek, Haarlem 1949.
- A. Pitlo, in: Onroerend Goed (1968)*: Pitlo, A., Na 3 maart 1905, in: Onroerend Goed, Opstellen geschreven ter gelegenheid van het 125-jarig bestaan van de Broederschap der Notarissen in Nederland, Deventer 1968, p. 229-248.
- Pitlo/Brahn, Zakenrecht (1977)*: Pitlo, Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, Deel 2, Het Zakenrecht, door Pitlo, A., zevende druk, bewerkt door Brahn, O.K., in samenwerking met Groot, G.R. de, en Visser, G.J., Arnhem 1977.
- Pitlo/Brahn Zakenrecht (1980)*: Pitlo, Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, Deel 2, Het Zakenrecht met verwijzing naar het N.B.W., door Pitlo, A., achtste druk, bewerkt door Brahn, O.K., in samenwerking met Groot, G.R. de, en Breenhaar, W., Arnhem 1980.
- Pitlo/Brahn Zakenrecht (1987)*: Pitlo, Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, Deel 2, Het Zakenrecht met verwijzing naar het NBW, door Pitlo, A., negende druk, bewerkt door Brahn, O.K., in samenwerking met Groot, G.R. de, Heisterkamp, A.H.T., Maanen, G.E. van, Arnhem 1987.
- Pitlo-Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht (1994)*: Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht, Deel 3, Goederenrecht, Tiende, geheel herschreven druk, Voorheen verschenen onder de titel 'Het Zakenrecht', door Reehuis, W.H.M., Heisterkamp, A.H.T., Maanen, G.E. van, Jong, G.T. de, Gouda Quint 1994.
- Pitlo-Croes (1995)*: Pitlo, A, Het Nederlands burgerlijk recht, deel 6, Bijzondere overeenkomsten, negende druk, bewerkt door A.L. Croes, N. Frenk, C.E. du Perron en A.F. Salomons, 1995.
- Pleysier, A.J.H.*, Koop breekt huur in het Romeinse recht, Hermeneus 1977/2, p. 98-103.
- Pleysier, A.J.H.*, De regel 'koop breekt geen huur' uit het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, WPNR 5395 (1977), p. 386-392.
- Pleysier, A.J.H.*, Ontruimen op de grosse, Groninger Opmerkingen en Mededelingen III (1986).
- Pleysier, A.J.H.*, Koper van koper niet beschermd tegen huurder bij veiling ex art. 1223 lid 2 B.W. (HR 3 februari 1989 RvdW 1989 nr. 62), De Notarisklerk 10 april 1989 - nummer 1254, p. 53-54.
- Pleysier, A.J.H.*, Recente jurisprudentie, HR 3 februari 1989, RvdW 1989, 62, Bb 18 april 1989/nr. 8, p. 80-81.
- Pleysier, A.J.H.*, Wegnemingsrecht van huurder bij veiling ex art. 1223 lid 2 BW, Bb 8 aug. 1989/nr. 16, p. 179-180.
- Pleysier, A.J.H.*, Hypotheekhouder stelt tegen huurder actie tot ontruiming in (Rb Breda 12 september 1990, KG 1990, 338), Bb 20 febr. 1991/nr. 4, p. 21-22.
- Pleysier, A.J.H.*, Huurovereenkomst, gesloten nog voordat verhuurder eigenaar was geworden en met een huurbeding had verhypothekerd, noot bij HR 7 juni 1991 (RvdW 1991, 150), Stichting Gay Association/Engelen, Bb 22 augustus 1991, nr. 17, p. 164-165.
- Pleysier, A.J.H.*, Huurovereenkomst, gesloten nog voordat verhuurder eigenaar was geworden, (HR 7 juni 1991, RvdW 1991, 150), De Notarisklerk 10 september 1991, nummer 1283, p. 134-135.
- Pleysier, A.J.H.*, Reactie, WPNR 6091 (1993), resp. p. 316-317.
- Ploeger, H.D.*, Hoge Raad (kort geding), noot bij HR 7 juni 1991 (RvdW 1991, 150), Stichting Gay Association/Engelen, Adv.bl. 1991, afl. 20, jrg. 71, p. 603-604.

## LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

- Polis*, (A-G), conclusie voor HR 4 juni 1880, W. 4520, weergegeven in Weekblad voor Notariaat en Registratie 554 (1880), p. 255-256.
- Praktijkboek onroerend goed*: Praktijkboek onroerend goed, onder redactie van Middag, J.M., Deventer (losbladig).
- W.A.K. Rank, in: Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht (1997)*: Rank, W.A.K., Privatieve last tot hypotheekvestiging: een nieuwe zakelijke zekerheid?, in: Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht, onder redactie van Kortmann, S.C.J.J., Faber, N.E.D., Rossum, A.A. van, Verhagen, H.L.E., Serie Onderneming en Recht, deel 7, Deventer 1997.
- Rank-Berenschot, diss.*: Rank-Berenschot, E.B., Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintissenrecht, dissertatie Leiden 1992, Deventer 1992.
- Rapport* betreffende wetswijziging ten aanzien van de bepalingen over parate executie door hypotheekhouders, zuivering en het huurbeding - met wetsontwerp en memorie van toelichting - uitgebracht aan de Vereeniging van Directeuren van Hypotheekbanken door de commissie uit de leden benoemd teneinde verslag uit te brengen over het ontwerp van Notaris Dr. Ph.B. Libourel, te Delft, 1924.
- Reehuis, diss.*: Reehuis, W.H.M., Stille verpanding van roerende zaken en vorderingen volgens het NBW, dissertatie Groningen 1987, Arnhem 1987.
- Reehuis, W.H.M.*, Cessie van toekomstige vorderingen naar huidig en komend recht, Groninger Opmerkingen en Mededelingen VI (1989), Groningen 1989, p. 62-87.
- Rigaud, diss.*: Rigaud, L., Le droit réel, histoire et théories, son origine institutionnelle, thèse, Toulouse 1912.
- Rodenburg, P.*, Beperking bij notariële akte van verhuurbevoegdheid (art. 1230 BW), Prg. 1981/18, p. 483-490.
- Rodenburg, P.*, Executie door de hypotheekhouder. Een gat in de huurbescherming?, NJB 1981/25, p. 641-648.
- Rodenburg, P. en Russell, J.W.M.*, Het huurbeding ontmanteld? De Ontwerp-invoeringswet van art. 3.9.4.8. nader beschouwd, WPNR 5650 (1983), p. 269-274.
- Rodenburg, P. en Russell, J.W.M.*, De permanente lotgevallen van art. 3.9.4.8 (huurbeding), WPNR 5705 (1984), p. 438-440.
- Rodenburg, P. en Russell, J.W.M.*, Art. 3.9.4.8 NBW (huurbeding). Terug naar af?, WPNR 5769 (1986), p. 57-61.
- Rodenburg, P. en Russell, J.W.M.*, Naschrift, Art. 1230 BW versus 3.9.4.8 NBW?! (huurbeding), WPNR 5784 (1986), p. 332-333.
- Roelen, A.W.M.*, Iets over de veiling ex art. 1223 lid 2 B.W. (slot), De Notarisklerk 1164 (1981), p. 148-150.
- Roes, diss.*: Roes, J.B.M., Hypotheek een zakelijk recht, dissertatie Nijmegen 1970 (gebruikt is de handelseditie, Arnhem 1970).
- Roes, J.B.M.*, Het recht van hypotheek in het gewijzigd ontwerp voor boek III N.B.W., WPNR 5173 (1972), p. 217-223 (deel I); WPNR 5174 (1972), p. 229-235 (slot).
- Roes, J.B.M.*, Reactie, WPNR 5987 (1991), p. 4-5.
- J.B.M. Roes, in: 85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken (1991)*: Roes, J.B.M., Belangen bij hypotheecaire executie, in: 85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken, Deventer 1991, p. 147-162.
- De Ruiter (1963)*: Ruiter, J. de, Beschouwingen over de Algemeenheid van Goederen in het

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Ontwerp-Burgerlijk Wetboek, l'Universalité de droit d'après le projet d'un nouveau code civil Néerlandais (avec résumé en Français), Zwolle 1963.

- S., H.J.v., Rechtspraak, Huurder en huurbeding, Woonrecht 1998-6, p. 206-208.
- A.H.M. Santen*, in: *Recht zo die gaat (1976)*: Artikel 1223 lid 2 B.W., in: *Recht zo die gaat*, Opstellen aangeboden aan Mr. P.W. van der Ploeg, Zwolle 1976, p. 107-126.
- Scheltema, G.F.*, Artikel 3.9.4.8 NBW (huurbeding), Reactie op het artikel van mr. drs. P. Rodenburg en mr. J.W.M. Russell in WPNR 5769, WPNR 5784 (1986), p. 331.
- Schermer-Eggens (1936)*: Ontwerpen van Notarische Akten, volgens de aantekeningen en mededeeling van Rechtspraak en Litteratuur van Schermer, J.P.W., opnieuw bewerkt en aangevuld onder redactie van Kuyk, G.J.H., Vierde deel - vijfde druk, bevattende de ontwerp-akten met betrekking tot het tweede boek van het Burgerlijk Wetboek, derde gedeelte (pandrecht en hypotheek), door Eggens, J., Zwolle 1936.
- Scholten (1951)*: Verzamelde geschriften van Paul Scholten, samengesteld door Scholten, G.J., Scholten, Y, Bregstein, M.H., Deel III, Zwolle 1951.
- Schoordijk, H.C.F.*, Rechtsvraag III, WPNR 5666 (1983), p. 598-599.
- Schoordijk (1986)*: Schoordijk, H.C.F., Vermogensrecht in het algemeen, naar Boek 3 van het nieuwe B.W. (titel 1 t/m 5, titel 11), Deventer 1986.
- Schoordijk, H.C.F.*, Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht, Recensie, NJB 1992/37, p. 1202-1206.
- Schrage (1977)*: Schrage, E.J.H., Actio en Subjectief recht, Over Romeinse en Middeleeuwse wortels van een modern begrip, Openbare les 1977.
- Schrage, E.J.H.*, Huurdersperikelen in de Middeleeuwen, De interpretatie van C. 4,65,9 bij de glossatoren, Hermeneus 1977/2, p. 103-109.
- Schrage (1984)*: Schrage, E.J.H., Koop breekt geen huur, Enkele grepen uit de geschiedenis van het geleerde recht inzake de gevolgen van de vervreemding van een verhuurde zaak, serie Rechtshistorische Cahiers nr. 7, Deventer 1984.
- Schrage (1992)*: Schrage, E.J.H., Locatio conductio, in: *Das römisch-holländische Recht*, Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert, Herausgegeben von Feenstra, Robert, Zimmermann, Reinhard, Berlin 1992, p. 245-273.
- Schrage (1994)*: De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht, Langemeijer, G.E., bijge werkt door Schrage, E.J.H., Studiepockets privaatrecht 14, zesde druk, Zwolle 1994.
- Smalbraak-Davids (1988)*: Smalbraak, J.Th en Davids, W.J.M., Burenrecht, mandeligheid en erfdienstbaarheden, Deventer 1988.
- De Smidt (1977)*: Smidt, J.Th. de, Compendium van de geschiedenis van het Nederlands privaatrecht, derde herziene druk, met medewerking van Feenstra, R., Soest, H.W. van, Elias, A.M., Gall, Heleen C., Greuter-Vreeburg, Yvonne M.I., Huussen-De Groot, Frederique M., Nievelt, C. van, Deventer 1977.
- Smit/Evers (1997)*: Smit, W.A.P. en Evers, M.F.A., Huurrecht Bedrijfsruimten, bewerkt door Evers, M.F.A. (oorspronkelijke titel: Nieuw huurrecht bedrijfsruimten, door Middag, J.M. en Muider, G. van), Zesde druk, Deventer 1997.
- Snijders, H.J.*, noot onder HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 (Van Berkel/Tribosa).
- Snijders, H.J.*, noot onder HR 10 januari 1992, NJ 1992, 744 (Ontvanger/NMB-Postbank).
- H.J. Snijders in: BW-krant Jaarboek 1992*: Snijders, H.J., Vorderingsrechten en toekomstige subjectieve rechten mede in verband met faillissement en surséance van betaling, in: *Het Nieuw BW in functie*,

- De invloed van het nieuwe vermogensrecht op tien bijzondere rechtsgebieden, BW-krant Jaarboek 1992, Arnhem 1992.
- H.J. Snijders, in: Verkort Verklaard (1996):* Snijders, H.J., Blaauboer Berlips, in: Verkort Verklaard, Tweede druk, Gouda Quint, 1996, p. 11-16.
- H.J. Snijders e.a. (1996):* Snijders, H.J., Smits, J.H., Fikkers, H.A.G., Lindenbergh, S.D., Mierlo, A.I.M. van, Polak, R.W., Rank-Berenschot, E.B., Scheltema, M.W., Valk, W.L., Wissink, M.H., Zwitsers, R., Toegang tot buitenlands vermogensrecht, Gouda Quint 1996.
- Snijders/Ynzonides/Meijer (1997):* Snijders, H.J., Ynzonides, M., Meijer, G.J., Nederlands burgerlijk procesrecht, Deventer 1997.
- W. Snijders, in: Voorontwerp Burgerlijke rechtsvordering (1994):* Snijders, W., Formeel en materieel recht, in: Voorontwerp Burgerlijke rechtsvordering, De eerste "Stein" geworpen, Bundel opstellen opgedragen aan Mr H. Stein, advocaat te Zwolle, Zwolle 1994, p. 1-14.
- Snijders, W., (in:) Verslag van de Vaste commissie voor Justitie, Boeken 3, 5 en 6 BW, 1 juni 1987, UCV 76; Verslag Vaste commissie voor Justitie, Boeken 3, 5 en 6 BW, 24 juni 1987, UCV 85.*
- Spruit (1994):* Spruit, J.E., Enchiridium, Een geschiedenis van het Romeinse privaatrecht, Vierde druk, Deventer 1994.
- Spruit (1979):* Spruit, J.E., Romeinsrechtelijke Romanesken, Uitgegeven onder auspiciën van de Hogeschool van de Nederlandse Antillen, Deventer 1979.
- Stassen, M.J.L.A.,* Hypotheekregisters en goede trouw, WPNR 5436 (1978), p. 313-320.
- Von Staudinger (1997):* Staudinger, J. von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse Par. 564-580a (Mietrecht 2), Dreizehnte bearbeitung 1997, Berlin 1997.
- H. Stein (1993):* Stein, H., Goed beslagen, Vormen en aspecten van het Nederlandse privaatrechtelijke executie- en beslagrecht, 2e druk, Zwolle 1993.
- H. Stein, (1998):* Stein, H., Kort begrip van executie en beslag, NIBE Bankjuridische reeks 34, Amsterdam 1998.
- P.A. Stein, in: Onroerend Goed (1968):* Stein, P.A., Het hypothecair belang, in: Onroerend Goed, Opstellen geschreven ter gelegenheid van het 125-jarig bestaan van de Broederschap der Notarissen in Nederland, Deventer 1968, p. 325-368.
- Stein, P.A.,* Noot onder HR 25 januari 1977 (Hogevalksedijk), AA XXVI, p. 310.
- Stein, P.A.,* Het huurbeding bij hypotheek, NJB, 20 juni 1981, afl. 25, p. 659-660.
- Stein, P.A.,* Huur en hypotheek in het N.B.W., WPNR 5735 (1985), p. 265-269.
- P.A. Stein (1986):* Stein, P.A., Zekerheidsrechten, Hypotheek, Derde druk, Deventer 1986.
- Stein, P.A.,* Naschrift, WPNR 5769 (1986), p. 61-62.
- P.A. Stein, in: 85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken (1991):* Stein, P.A., Onderhandse verkoop van hypothecair bezwaarde goederen, in: 85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken, Deventer 1991, p. 163-180.
- Stolp, E.P.,* Het huurbeding in het NBW, Prg. 1988 nr. 21, p. 673-679.
- Van Straaten (1992):* Straaten, J.C. van, Kadaster, openbare registers en derdenbescherming, Serie recht en praktijk nr. 59, Deventer 1992.
- Straaten, J.C. van,* Beslag na executie voordat aan de koper is geleverd (BW en NBW), Bijdragen met medewerking van de Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap, WPNR 6034 (1992), p. 86-88.
- Straaten, J.C. van,* Reactie, WPNR 6091 (1993), p. 319.
- Straaten, J.C. van,* Executie door een hypothecaire schuldeiser I-III, De Notarisklerk juli 1993 -

#### LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

- nummer 1305, p. 116-119 (deel I), augustus 1993 - nummer 1306, p. 140-142 (deel II) en september 1993 - nummer 1307, p. 164 - 166.
- Strikwerda (A-G)*, Conclusie voor HR 15 november 1996, NJ 1997, 508 m.n. WMK (Metter woon/Van Ommen).
- Suijling II*: Suijling, J.Ph., Inleiding tot het Burgerlijk recht, 2e stuk, 1e gedeelte, 2e druk, Haarlem 1934.
- Swaaij, J.H.M. van*, Levering bij voorbaat van toekomstige vorderingen gevolgd door beslag of faillissement, WPNR 6065 (1992), p. 717-724.
- Van Swaij, diss.*: Swaaij, J.H.M. van, Beschikken en rechtsovergang, De temporele dimensie van de overdracht: levering van toekomstige goederen, levering onder eigendomsvoorbehoud en levering onder voorbehoud van eigendomsherkrijging, Dissertatie Groningen 2000, Den Haag 2000.
- Swildens-Rozendaal*, (in:) Verslag van de Vaste commissie voor Justitie, Boeken 3, 5 en 6 BW, 1 juni 1987, UCV 76; Verslag Vaste commissie voor Justitie, Boeken 3, 5 en 6 BW, 24 juni 1987, UCV 85.
- Tammo Sypkens*, Hand. II 1824-1825 (Versl.): Burgerlijk Wetboek (Behandeling der Titels VII en VIII van Boek III), Handelingen der Staten-Generaal, zitting 1824-1825, Verslag, p. 214-217.
- T&C Rv (Ex) Jongbloed*: Faillissementswet & Executie- en beslagrecht, Tekst & Commentaar, onder redactie van Wessels, B., Nispen, C.J.J.C. van, Sint Truiden, M.P.H. van, Deventer 1996.
- TIR (1989)*: Spruit, J.E. en Feenstra, R., Textus Iuris Romani, Teksten ten gebruike bij de studie van het Romeinse recht, derde herziene druk, Deventer 1989.
- TK 3770, nr. 1*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1954/1955, 3770, nr. 1 (Koninklijk Besluit van 4 november 1954).
- TK 3770, nr. 2*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1954/1955, 3770, nr. 2 (Ontwerp van Wet).
- TK 3770, nr. 5*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1970/1971, 3770, nr. 5 (Memorie van Antwoord).
- TK 3770, nr. 8*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1970/1971, 3770, nr. 8 (Gewijzigd Ontwerp).
- TK 1977-1978, Aanhangsel*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1977-1978, Aanhangsel van de handelingen, Vragen gesteld door leden van de Kamer, met de daarop door de Regering gegeven antwoorden.
- TK 17 496, nrs. 1-2*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1981/1982, 17 496, nrs. 1-2 (resp. Koninklijk Besluit van 9 juli 1982 en Ontwerp van Wet).
- TK 17 496, nr. 3*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1981/1982, 17 496, nr. 3 (Memorie van Toelichting).
- TK 17 496, nr. 6*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1983/1984, 17 496, nr. 6 (Nota van Wijzigingen).
- TK 17 496, nr. 8*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1983/1984, 17 496, nr. 8 (Gewijzigd Ontwerp).
- TK 17 496, nr. 9*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1984-1985, 17 496, nr. 9 (Voorlopig Verslag).
- TK 17 496, nr. 10*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1984/1985, 17 496, nr. 10 (Memorie van Antwoord).
- TK 17 496, nr. 11*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1984/1985, 17 496, nr. 11 (2e Nota van Wijzigingen).
- TK 17 496, nr. 17*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1985/1986, 17 496, nr. 17 (Nader gewijzigd Voorstel van Wet).
- TK 17 496, nr. 18*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1985/1986, 17 496, nr. 18 (Amendement van het lid Salomons).
- TK 17 496, nr. 19*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1985/1986, 17 496, nr. 19 (Amendement van het lid Van der Burg).
- TK 17 496, nr. 20*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1985/1986, 17 496, nr. 20 (Gewijzigde

- amendementen van de leden Van der Burg en Salomons ter vervanging van die gedrukt onder de nrs. 18 en 19).
- TK 18 113, nrs. 1-2*: Tweede kamer, vergaderjaar 1983/1984, 18 113, nrs. 1-2 (Voortgangsnota van de Invoeringswet Boeken 3-6 nieuw BW, eerste tot en met zevende gedeelte).
- TK 24 212, nr. 3*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1994-1995, 24 212, nr. 3 (Memorie van Toelichting).
- TK 24 212, nr. 6*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 212, nr. 6 (Nota van Wijzigingen).
- TK 24 508, nr. 58*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 24 508, nr. 58 (Brief van de staatssecretaris van VROM).
- TK 26 089, nrs. 1-2*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 26 089, nrs. 1-2 (Koninklijk Besluit resp. Voorstel van Wet).
- TK 26 089, nr. 3*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 26 089, nr. 3 (Memorie van Toelichting).
- TK 26 089, nr. 5*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 26 089, nr. 5 (Verslag).
- TK 26 089, nr. 6*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 26 089, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag).
- TK 26 089, nr. 7*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 26 089, nr. 7 (Nota van Wijzigingen).
- TK 26 932, nr. 3*: Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 26 932, nr. 3 (Memorie van Toelichting).
- TK 26 859, nr. 1*: Tweede kamer, vergaderjaar 1999-2000, 26 859, nr. 1 (Brief Staatssecretaris van VROM).
- Toelichting Boek 1-4*: Meijers, E.M., Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, ingevolge opdracht, verleend bij Koninklijk Besluit van 25 april 1947, No. 20, Toelichting, eerste gedeelte (Boek 1-4), 's-Gravenhage, 1954.
- Toelichting Boek 6*: Meijers, E.M., Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, ingevolge opdracht van de Minister van Justitie, voltooid door Driën, J., Grooth, G. de en Jong, F.J. de, Toelichting, derde gedeelte (Boek 6), 's-Gravenhage, 1961.
- Toelichting Boek 7*: Meijers, E.M., Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, ingevolge opdracht van de Minister van Justitie, opgesteld onder leiding van Jong, F.J. de, Toelichting, vierde gedeelte (Boek 7), 's-Gravenhage, 1972.
- Togi-bundel (1997)*: Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid, Nieskens-Isphording, B.W.M., Hemmen, E.M., Struycken, redactie, Deventer 1997.
- Tratnik, M. en Mertens, R.F.H.*, Naar een achtste versie van art. 3.9.4.8 Nieuw BW?, Kw.ber. Nieuw BW 1988/2, p. 46-51.
- Troplong (1845)*: Troplong, M., Le droit civil, expliqué suivant l'ordre des articles du Code, De la vente, ou commentaire du titre VI du livre III du Code Civil; Tôme premier, Quatrième édition, Paris 1845.
- Tweede Kamer-vragen*, Wettelijke regeling van bescherming van de huurder van woonruimte, WPNR 5735 (1985), p. 276-277, en NJB 16 februari 1985, afl. 7, p. 237.
- Vademecum Burgerlijk Procesrecht*: Vademecum Burgerlijk Procesrecht (losbladig), onder redactie van Asser, W.D.H., Scholtens, C.G., Snijders, H.J., Sterk, T.A.W.
- Valkhoff (1949)*: Valkhoff, J., Een eeuw rechtsontwikkeling, De vermaatschappelijking van het Nederlandse privaatrecht sinds de codificatie (1838), tweede, herziene en uitgebreide druk, Amsterdam 1949.
- Veegens/Pitlo Zaken- en erfrecht (1941)*: Veegens, J.D. en Pitlo, A., Schets van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Deel II, Zaken- en erfrecht, vierde druk, Haarlem 1941.
- Van Velten, Diss.*: Velten, A.A. van, Kopers en economische eigenaars van onroerend goed, dissertatie

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Amsterdam 1982, Deventer 1982.

*Velten, A.A. van*, De lotgevallen van het huurbeding bij hypotheek in het NBW, WPNR 5941 (1989), p. 767-772.

*Velten, A.A. van*, Botsende rechten: de huurder van onroerend goed en de koper in veiling, Kw.ber. Nieuw BW 1990/1, p. 24-25.

*Ven, W.A. van der*, De werking van derdenbeslag op bij voorbaat stil verpande toekomstige vorderingen op naam, Groninger Opmerkingen en Mededelingen XI (1994), Groningen 1994, p. 65-94.

*Verbintissenrecht (E.B. Rank-Berenschot)*: Verbintissenrecht (losbladig), Artikel 249-257, Algemene aspecten van derdenwerking, bewerkt door Rank-Berenschot, E.B.

*Verbintissenrecht (J.C. van der Steur)*: Verbintissenrecht (losbladig), Artikel 251 (6.5.3.3), bewerkt door Steur, J.C. van der.

*Verbintissenrecht (J.C. van der Steur)*: Verbintissenrecht (losbladig), Artikel 252 (6.5.3.4), bewerkt door Steur, J.C. van der.

*Verhagen en Rongen, Preadvies (2000)*: Verhagen, H.L.E., Rongen, M.H.E., Cessie, De overdracht van vorderingen op naam, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht, 2000.

*Verslag van de Vaste commissie voor Justitie*, Boeken 3, 5 en 6 BW, 1 juni 1987, UCV 76.

*Verslag Vaste commissie voor Justitie*, Boeken 3, 5 en 6 BW, 24 juni 1987, UCV 85.

*R. Versteegen*, in: *Collatio Iuris Romani (1995)*: Versteegen, R., Emptori quidem fundi necesse non est stare colonum, C. 4,65,9, un exemple d'*interpretatio duplex*, in: *Collatio Iuris Romani, Études dédiées à Hans Ankum*, deel II, Amsterdam 1995, p. 567-582.

*Veugen, P.H.H.G.*, Enkele juridische en praktische aspecten van het huurbeding, WPNR 5181 (1972), p. 317-318.

*J.F. Visser*, in: *85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken (1991)*: Visser, J.F., Inleiding, in: *85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken*, Deventer 1991, p. 1-5.

*Visser, G.J.*, Naschrift op de bovenstaande reacties, WPNR 5425 (1978), p. 160.

*Visser, G.J.*, Het huurbeding en misbruik van recht, WPNR 5409 (1977), p. 629-634.

*Van Vliet (1923)*: Vliet, C.D. van, Het huurbeding in de hypotheek-acte, in: *Jaarboekje van de Vereniging van directeurs van hypotheekbanken*, Amsterdam 1923, p. 267-285.

*Vlug (1924)*: Vlug, G., Zijn de hypotheekhouders, in verband met de in huurcontracten voorkomende bedingen, voldoende beschermd door de bepaling van artikel 1230 van het Burgerlijk Wetboek, Preadvies Broederschap der Notarissen 1924.

*Voorduyn IV*: Voorduyn, J.C., Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal; uit oorspronkelijke, grootendeels onuitgegeven staatstukken opgemaakt en aan den Koning opgedragen, IV. deel, Burgerlijk Wetboek, Art. 877-1268, Utrecht 1838.

*Voorduyn V*: Voorduyn, J.C., Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal; uit oorspronkelijke, grootendeels onuitgegeven staatstukken opgemaakt en aan den Koning opgedragen, V. deel, Burgerlijk Wetboek, Art. 1269-2030, Utrecht 1838.

*Vranken, J.B.M.*, Recente rechtspraak, WPNR 6011 (1991), p. 451-452.

*De Vries (1981)*: Vries, J.J.M. de, Eigendom en woonrecht, Preadvies Koninklijke Notariële Broederschap 1981, Deventer 1981, p. 1-64.

*Waal-van Wessen, I. de*, Cessie en stille verpanding van toekomstige vorderingen, mede naar aanleiding van HR 26-3-1982, R.v.d.W. 1982, 69, WPNR 5645 (1983), p. 177-183.



- Westrik, R.*, Goederenrechtelijke binding in geval van beslag op en levering bij voorbaat van toekomstige vorderingen, WPNR 6118 (1993), p. 974-981.
- Westrik, R.*, Reactie, WPNR 6269 (1997), p. 315-317.
- Westrik, R.*, De executerende hypotheekhouder of beslaglegger geconfronteerd met een latere huurder, TCR 1997/2, p. 30-37.
- Westrik, R.*, Reactie, Koop breekt geen huur in het Ontwerp BW, WPNR 6395 (2000), p. 214-217.
- Wiarda (1940)*: Wiarda, J., Overdracht van toekomstige rechten, Preadvies Broederschap van Candidaat-Notarissen 1940, p. 1-99.
- Wibbens-de Jong, A.C.*, Een beding ex art. 6:252 BW in plaats van het huurbeding?, WPNR 6061-6062 (1992), p. 647-649 resp. p. 669-670.
- Wibbens-de Jong, A.C.*, Naschrift, WPNR 6064 (1992), p. 712.
- Wibbens-de Jong, A.C.*, WPNR 6091 (1993), p. 320.
- Wiegman/Zuidema (2000)*: Wiegman, P.J., Recht voor de huurder, voortgezet door Zuidema, Tj., Lelystad/Den Haag 2000.
- Wolffensperger, G.J.*, (in:) Verslag Vaste commissie voor Justitie, Boeken 3, 5 en 6 BW, 24 juni 1987, UCV 85, p. 85-6 t/m 85-10.
- Wolfsbergen, L.*, BTW- en overdrachtsbelastingheffing na de wetsaanpassingen, WPNR 6287 (1997), p. 695-703.
- Van Zeben e.a. (1998)*: Zeben, C.J. van, (redactie), Heijden, P.F. van der, Hidma, T.R., Jongeneel, R.H.C., Klerk-Leenen, A.P.A. de, Neer-van den Broek, J.M.H.P. van, Wede kind, W., Wessels, B., Wijkerslooth-Vinke, E.E. de, Zeben, C.J. van, Compendium bij zondere overeenkomsten, Deventer 1998.
- Zimmermann (1992)*: Zimmermann, Reinhard, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Reprinted 1992, Cape Town, South Africa 1992.
- Zuidema, Tj.*, Wiegman, P.J., Recht voor de huurder, voortgezet door Zuidema, Tj., Lelystad/Den Haag 2000.
- Zwalve (1993)*: Zwalve, W.J., Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht, I, Inleiding en zakenrecht, Groningen 1993.
- Zwitser R.*: R. Zwitser, Misbruik van executiebevoegdheid ten aanzien van derden, NTBR 1994/9, p. 208-214.

## Jurisprudentieregister

Het register verwijst naar de paragrafen waarin de rechterlijke uitspraken worden besproken, in hoofdtekst en/of in de voetnoot/voetnoten.

### *Hoge Raad*

HR 4 juni 1880	W. 4520	Alg. Inl. sub 1, 5.4.2 sub 2/3
HR 24 april 1884	W. 5031	9.5.1
HR 21 juni 1889	W. 5733	5.4.2 sub 3
HR 5 november 1896	W. 6882	5.4.2 sub 2, 9.2.1, 9.6.1
HR 8 januari 1897	W. 6916 (Van der Linden/Waardenburg)	9.5.1
HR 5 maart 1897	W. 6937	5.4.2 sub 2
HR 5 maart 1897	WPNR 1442 (1897), p. 451-454	9.2.1, 9.6.1
HR 4 januari 1901	W. 7544	5.4.2 sub 2/3
HR 3 maart 1905	W. 8191 (Blaauboer/Berlips)	9.5.1, 9.12.4
HR 20 april 1906	W. 8368	9.2.1
HR 9 november 1906	W. 8453	5.4.2 sub 2
HR 13 november 1908	W. 8764	Alg. Inl. sub 1, 1.2.1, 9.2.1
HR 8 december 1922	NJ 1923, 149, W. 11044	5.4.2 sub 2
HR 10 april 1924	NJ 1924, p. 584	5.3.2 sub 4b
HR 30 mei 1924	NJ 1924, 839, W. 11256 m.n. S.B.	9.13.3
HR 22 februari 1929	NJ 1929, p. 1339 m.n. EMM, W. 11988 m.n. HDJ	5.4.2 sub 2/3, 9.6.2, 9.12.3
HR 29 december 1933	NJ 1934, 343 m.n. PS (Fijn van Draat/De Nederlanden)	3.4.2, 3.4.4, 3.4.5, 3.4.10
HR 3 oktober 1934	NJ 1934, blz. 1562 m.n. PS, W. 12851 m.n. SvB	1.2.1, 5.4.2 sub 2
HR 15 maart 1940	NJ 1940, 848 m.n. EMM (De Boer/Haskerveenpolder)	Alg. Inl. sub 1, 2.3.1, 6.2.1, 6.3.2, 9.6.2, 9.17, 10.3.2 sub c2, 10.5.8
HR 10 april 1953	NJ 1953, 587 m.n. Ph.A.N.H.	3.4.12
HR 4 december 1953	NJ 1954, 210	9.2.1
HR 25 februari 1955	NJ 1955, 711 (M.B./Rotterdamsche Bank)	10.2.2 sub a/b
HR 24 januari 1964	NJ 1964, 450 m.n. JHB (Viruly/Kindt)	3.4.8, 10.2.2 sub b
HR 14 mei 1976	NJ 1977, 150 m.n. WMK, AA XXV (1976) m.n. G., p. 536-542 (Albers/Assmann en Donck)	2.5.1, 3.4.7, 4.2, 4.3, 4.4, 5.2.1, 5.3.2, 6.3.1 sub A, 7.2.2, 9.6.2, 9.13.5
HR 25 januari 1977	NJ 1977, 362 m.n. WMK (Hogevalksedijk), AA XXVI, blz. 310 (PAS)	Alg. Inl. sub 8, 8.7.5

HR 30 januari 1981	NJ 1982, 56 m.n. WMK (Z./Tan)	10.2.2 sub b
HR 11 december 1981	NJ 1982, 239 m.n. PAS (Van de Veerdonk/Knijenburg)	5.4.2 sub 2
HR 5 februari 1982	NJ 1982, 471 m.n. WMK (Ordelmans/Te Brake)	3.4.7, 5.3.2 sub 4b
HR 26 maart 1982	NJ 1982, 615 m.n. WMK (Saneringsfonds/ABN)	3.4, 3.4.4, 3.4.5
HR 25 oktober 1985	NJ 1987, 18 m.n. WHH (Ontvanger/AMRO)	10.2.2 sub b
HR 30 januari 1987	NJ 1987, 530 m.n. G (WUH/Mr. Emmerig q.q.)	3.1, 3.4.2, 10.5.6, 10.5.11
HR 13 mei 1988	NJ 1988, 748 m.n. G (Banque de Suez/Mr Bijkerk q.q.)	3.4.8, 10.2.2 sub b
HR 3 februari 1989	NJ 1990, 249 m.n. WMK (Pirouette/Brockmeulen)	2.3.2, 3.4.7, 4.3, 4.4, 5.3.2, 6.2.1
HR 2 juni 1989	NJ 1990, 253 m.n. WMK (Christenhusz/Brunsveld)	5.3.1, 5.3.2 sub 4b
HR 19 oktober 1990	NJ 1992, 227 m.n. WMK (Staat der Nederlanden/Troost)	3.4.8, 10.2.2 sub b
HR 25 januari 1991	NJ 1992, 172 m.n. HJS (Van Berkel/Tribosa)	2.3.1, Hfst. 3, 6.2.1, 9.16, 10.5.6, 10.5.7-9, 10.5.15
HR 7 juni 1991	NJ 1992, 262 m.n. WMK (Gay Association/Engelen)	3.4.7, Hfst. 5, 10.5.22
HR 10 januari 1992	NJ 1992, 744 m.n. HJS (Ontvanger/NMB-Postbank)	Hfst. 3
HR 15 november 1996	NJ 1997, 508 m.n. WMK (Metterwoon/Van Ommen)	3.4.7, Hfst. 5, 10.5.22
HR 14 februari 1997	NJ 1999, 409 m.n. SCJJK (Zunoca/Het Land Aruba)	3.4.12
HR 7 april 2000	RvdW 2000, 99C (WUH en De Vestingwachter BV/ Staat der Nederlanden)	3.4.8, 10.2.2 sub b
HR 17 november 2000	JOL 2000, 563 (X/X)	2.5.1

### *Gerechtshoven*

Hof 's-Gravenhage	4 juni 1970, NJ 1971, 27	2.5.1
Hof Amsterdam	22 november 1972, NJ 1974, 13	5.3.2 sub 4b
Hof 's-Gravenhage	5 november 1986, KG 1987, 105	4.2.1
Hof Amsterdam	26 april 1990, KG 1991, 67	2.5.1
Hof Amsterdam	22 juni 1995, NJ 1997, 476 (Elander/Planex)	3.4, 3.4.7, 3.4.9, 10.5.9

### *Rechtbanken*

JURISPRUDENTIEREGISTER

Rb. Amsterdam	18 juli 1917, NJ 1918, p. 557-559	5.4.2 sub 3
Rb. Amsterdam	6 mei 1921, NJ 1922, p. 730	5.4.2 sub 3
Rb. Amsterdam	11 mei 1928, NJ 1928, p. 725	5.4.2 sub 3
Rb. Dordrecht	11 november 1964, NJ 1965, 418	5.3.2 sub 4b
Rb. 's-Hertogenbosch	4 november 1968, NJ 1969, 238	5.3.2 sub 4b
Rb. Breda	9 november 1976, NJ 1977, 406	7.2.1
Rb. Den Haag	9 februari 1981, Prg, 1981, nr. 1651	2.5.1
Rb. Utrecht	14 juni 1982, NJ 1983, 148	2.5.1
Rb. Zwolle	27 juli 1982, RvdW/KG 1982, 138	4.2.1
Rb. Haarlem	18 juli 1984, KG 1984, 233	2.5.1
Rb. 's-Gravenhage	12 februari 1985, KG 1985, 67 4.2.1	
Rb. Amsterdam	2 februari 1989, KG 1989, 229, WR 1989, 20	2.5.1
Rb. Amsterdam	13 april 1989, KG 1989, 230, WR 1989, 57	2.5.1
Rb. Haarlem	11 mei 1990, KG 1990, 248	2.5.1
Rb. Leeuwarden	24 juli 1992, KG 1992, 344	5.3.2 sub 4b
Rb. Arnhem	19 maart 1993, KG 1993, 143	2.3.1, 2.5.1, 5.2.1, 5.3.2 sub 2/4b
Rb. Dordrecht	20 april 1995, NJ 1995, 603	4.2.1
Rb. Amsterdam	20 oktober 1995, NJ 1996, 5286.3.1 sub A	
Rb. Amsterdam	14 juni 1996, NJ Kort, (1996), 54	6.3.1 sub A

## Trefwoordenregister

Verwezen wordt naar de paragraafnummers, tenzij anders is aangegeven

- Acte d'alienation 8.7.2
- Actio
- bonae fidei 8.6.1
  - conducti 5.4.2 sub 4, 8.4
  - in personam 8.4
  - in rem 8.4, 8.6.3
  - Pauliana 1.3.1, 7.2.1
  - Publiciana 8.6.1
  - Actiones 8.4
  - Actiones stricti iuris 8.4.2
  - Afgifte kooppenningen 3.4.12
  - Afgifte verhuurd goed 9.12.4
  - Afstand (van eigenaarsbevoegdheden) 9.16
  - Afsterving 8.3
  - Algemeenheid van goederen 8.4.2
  - Amsterdam 10.2.2
  - Annexatie vorderingsrecht 3.4.9, 9.16, 10.5.16
- (Le) Bail à date certaine 8.7.2
- Bataafse omwenteling 1795 1.2.2
- Beding (handhaving huurder) 8.7.2
- Bedrijfsruimte zie Huur
- Beginselen van privaatrecht 6.3, 10.5.22
- Beheer (verhuur als -) zie Huur
- Beheersbeding (art. 3:267 BW) 9.13.6
- Beklemming (recht van) 8.3
- Belangenafweging 1.4.3
- Belastingen Rechtsverkeer, Wet - 4.3
- België 10.2.2
- Belgische opstand 1830 1.2.2, 8.7.5
- Beperkingen art. 3:264 BW 2.2, 10.5.1
- Beperkt recht 1.2.4, hoofdstuk 7, 10.2.2, 10.5.25
- voorbehouden - 7.2.1
- Beperkte uitleg art. 7A:1612 BW  
*hoofdstuk 10*
- Beschikken
- door cedent/pandgever hoofdstuk 3, 10.5.5-19
  - door hypotheekgever 2.3, hoofdstuk 3, 9.13, 10.2.2, 10.5.5-19
  - *moment* - hoofdstuk 3, 5.2, 5.4, 8.4, 9.2.2, 9.4.2, 9.5.1, 9.8, 9.9.2, 10.3.1, 10.5.5-19
  - over verhypothekerde goed hoofdstuk 3, 8.4, 10.5.5-19
  - over toekomstige huurvorderingen hoofdstuk 3, 10.5.5-19
- Beslag
- derden- *hoofdstuk 3*, 6.3.2, 7.2, 9.16, 10.5.5-19
  - op (toekomstige) huurvordering *hoofdstuk 3*, 6.3.2, 7.2, 9.16, 10.5.5-19
  - op registergoed 3.4.8, 6.3.2, 7.2, 9.13.3, 10.2.2, 10.3.1, 10.3.2f-k, 10.5.5-19
  - op vruchtgebruik van verhuurd goed 3.4, 3.4.4, 3.4.5, 3.4.6, 10.5.5-19
  - rang beslaglegger 3.4.8, 9.16
  - rechtskarakter 3.4.12, 10.5.19
  - systematiek beslagrecht 3.4.12
- Bestaansreden art. 3:264 BW 2.4, 3.4.7
- Betamelijkheid 9.12, 9.13.3
- Bevoegdheid hypotheekgever 2.3, 3.4.11, 10.5.5-19
- verhuren 2.3.1, hoofdstuk 9, 10.2.2, 10.4, 10.5.5-19
  - hypotheekvestiging 2.3.2, 10.5.5-19
- Bewaarneming 9.12.4, 9.13.3
- Bezit 8.6, 8.6.2, 8.6.3, 9.4.1
- bezitsoverdracht 8.4, 8.6
  - bezitsinterdicten 8.4, 8.6.1
  - civiliter 8.6
  - naturalis 8.6
- Bezwaar
- verkoop onder - van lopende huur) zie Verkoop
  - tegen opvatting 'Verhuur is beheer' 9.13.6
  - tegen verval huurbeding 10.4
- Billijkheid 1.2.3, 1.2.4, 5.3, 5.4, 6.3, 8.6, 8.6.3, 8.6.4, 8.7.2, 9.3.1, 9.4.1, 9.8, 9.9, 9.11, 9.14, 9.17, 10.2, 10.3.2c, 10.5.22
- Blote eigendom hoofdstuk 7, 10.2.2

Bona fides 8.4.2  
 Bonorum emptor 8.4.2  
 Brabant (Hertogdom) 8.6.3  
 Brabant (Brussel, Mechelen, Herenthals) 10.2.2  
 Bruikleen 8.3, 9.12.4  
 Burgerlijk Wetboek 1.2.2  
 Burgerlijke vruchten 3.3, 3.4, 3.4.5, 3.4.8, 3.4.10, 10.5.3, 10.5.5-19  
  
 Cessie  
 - huur- of pachtvorderingen 1.3, 1.4, 2.2, 2.3, *hoofdstuk 3*, 9.16, 10.5.5-19  
 - rechten uit beding C 4.65.9 8.6.3  
 Clage up gut 8.6.3  
 Cliens 8.2, 8.3  
 Code Civil des Français (Code Napoléon) 1.2.2, 1.3.2, 8.7.1, 8.7.2  
 Codificatie 1.2.2, 8.7  
 Commentatoren (Post-Glossatoren) 8.2, 8.6  
 Commissie 1798 1.2.2  
 Concurrente crediteuren 7.2.1  
 Condities verhuur: zie: Huur  
 Contractsovergang 7.2.1, 8.4.2, 8.6.3, 9.2, 9.5.1 sub 6  
 Corpus Iuris Civilis 8.6.1  
 Costumen 8.6.3  
 Crediteur van de verhuurder 8.5  
 Cijns 8.3, 8.6.3  
  
 Deelpacht 8.6.1  
 Derdenbeding  
 - 'onechte' 8.2, 8.4, 8.6.1, 9.9  
 - 'echte' 8.4.2, 8.6.1  
 Derdenbescherming 9.12.4  
 Detentor zie Houder  
 Dominium (utile) 8.3, 8.6, 8.6.2, 8.6.3  
 Doorlopen huurovereenkomst 6.2.1  
 Drente 8.6.3, 10.2.2  
 Droit de préférence 10.2.2  
 Duitsland 8.6, 8.6.3  
  
 Economisch eigenaar 4.3  
 Eerbediging bestaande rechten 2.5, 4.4.2, 7.2.1, *hoofdstuk 10*  
  
 Eigendomsproces 8.4.2  
 Eigenrichting 8.6.1  
 Emphyteusis 8.3, 8.6.3  
 Erfcijns 8.3  
 Erfdienstbaarheid 10.2.2  
 Erfhuur 8.3, 8.6.3  
 Erfpacht (recht van) 1.2.4, 6.4.1, hoofdstuk 7, 8.3, 8.6.1, 8.6.3, 10.3.2c, 10.5.5, 10.5.25  
 Erfrente 8.3  
 Erfijns 8.3  
 Erkenning verhuur door hypotheekhouder 2.4.1, 2.5, 10.5.3, 10.5.4 (zie ook Gedogen/Toestemming)  
 Espèce de réalité 9.3  
 Exceptie 8.6.1, 8.6.3  
 Exceptio doli 5.4.2 sub 4  
 Exceptiones 8.4  
 Executie  
 - door hypotheekhouder: passim  
 - procedure 10.3.3  
 Executieer 4.2, 9.4.2, 9.8, 9.9, 9.13.1  
 Executoriale titel voor ontruiming huurder 4.2, 10.3.2c, 10.3.3  
 Exploit aanzegging/overneming executie 4.2, 6.4, 10.3.3  
 Expulsierecht koper 5.4 (zie ook Ontruimingsrecht)  
  
 Feitelijke macht 8.6.1  
 Feodaal stelsel 8.6, 8.6.3  
 Financierbaarheid woon- en bedrijfsruimte 1.4.3, 2.5, 5.3.2, 10.3.2d, 10.4 (zie ook Hypotheekrecht)  
 Fiscus 8.4.2, 8.6.1  
 Formula 8.4.2  
 Frankrijk 8.6, 8.7.1, 8.7.2, 9.3  
 Friesland 8.6.3  
  
 Gebruiker 8.3  
 Gebruiksverhoudingen 8.3, 8.6

TREFWOORDENREGISTER

- Gedogen huur door hypotheekhouder 2.5, 9.6.2, 10.5.4 (zie ook Erkenning/Toestemming)  
 Gelderland 8.6.3  
 Gelresche Landt ende Stadtrechten 10.2.2  
 Gelijke voorwaarden (verhuur op -) zie Verhuur  
 Gemeentegarantie 1.4.3, 2.5, 10.4  
 Genot van het gehuurde zie Huur  
 Gesloten systeem (goederenrecht) 9.6  
 Gewere (weer) 8.3, 8.6.3  
 Gewoonterecht 8.6.3, 10.2.2  
 Glossa Ordinaria 8.6.1  
 Glosse (glossae) 8.6.1  
 Glossatoren 8.6  
 Goede trouw  
 - huurder 5.2, 5.3, 5.4, 8.4.2, 9.12.4, 9.13.3  
 - hypotheekhouder 5.2, 5.3, 5.4, 10.5.22  
 - verkrijger onder bijzondere titel 9.6.2, 10.5.22  
 Goederenrechtelijk karakter huurrecht zie Huur  
 Huur  
 Goederenrechtelijke binding 3.4.10, 10.5.17  
 Goedkeuring verhuur: zie: Toestemming  
 Grondeigenaar bij erfpacht 7.2, 10.5.25  
 Grondkamer 1.5  
 Grondrente 8.3  
 Grondslagen burgerlijk recht hoofdstuk 9  
 Grondwet voor de Vereenigde Nederlanden 1.2.2  
 Groningen 8.6.3, 8.7
- Heerschappij (over gehuurde) 9.12.4, 9.13.3  
 Henegouwen 8.6.3  
 Herenthals 10.2.2  
 Hofheer 8.6  
 Hofstelstel 8.6.3  
 Holland 8.6.3, 8.7, 10.2.2  
 Hoofdgerechtigde 7.2.2  
 Horige 8.6  
 Houder 8.4.2, 8.6, 8.6.2, 9.12  
 - houdersbescherming 9.12.4, 9.13.3, 9.13.6  
 Huur  
 - aard huurrecht 2.3, 9.12
- bedrijfsruimte 1.2.1, 1.4.2, 2.3, 4.4, 6.3, 9.6.2, 10.3.1, 10.3.2c, 10.3.3-5  
 - beheer (verhuur als beheersdaad) 2.3, 9.12, 9.13, 10.2.2 sub c, 10.4  
 - -bescherming 7.2.2, 8.6.1, 8.6.3, 9.4.2, 10.1, 10.3  
 - bezitseis 5.4  
 - -commissie 9.6.2  
 - condities voor verhuur 2.2, 10.5.1  
 - derdenwerking zie - goederenrechtelijk recht  
 - doorlopen -overeenkomst 6.2.1, 9.8  
 - duldten - zie Erkenning/Gedogen/Toestemming  
 - dwingend recht 1.4.2  
 - -genot 4.4.2, 5.2, 5.3, 5.4, 8.4, 8.6.3, 9.4, 9.12.4, 10.5.22  
 - (semi-) goederenrechtelijk recht 1.2.3, 2.3, 9.3.1, 9.4.1, 9.5.1 sub 3, 9.6, 9.14, 10.2.2  
 - goederenrechtelijke werking 9.13.3, 9.13.6, 10.2.2  
 - inbreuk op - 8.4.2, 9.12.4  
 - inschrijving - 5.4.2, 8.7.2, 9.5.1 sub 4, 9.6.2  
 - kadaster 9.6.2  
 - kenbaarheid *hoofdstuk 5*, 9.12, 9.13.3, 10.3.2d, *10.5.21-22*  
 - kwalitatief recht 2.3, 9.5, 9.6  
 - landenrijen 1.2.2, 1.3.3  
 - lopende - 3.4.7  
 - mededelingsplicht (verhuur) 5.3.1, 5.3.2 sub 4b  
 - nietigheid *hoofdstuk 6*  
 - -overeenkomst als bron van verbintenissen 3.4.2  
 - -overgang 9.16  
 - pseudobescherming 10.3.1  
 - -register 9.6.2  
 - roerende zaken Alg. Inl. sub 8, 1.2.1 (zie ook Roerende zaak)  
 - tweeslachtigheid - 9.12, 9.13  
 - van zaken (locatio conductio rei) 8.3  
 - -verhouding 2.4.1, 3.2, 3.3, 3.4, 5.4, 9.16, 10.5.3  
 - vernietiging 2.3.1, 3.2, *hoofdstuk 6*, *10.5.23*

- verval 10.1, 10.3.2c, 10.3.2h-k, 10.3.3
- vordering *hoofdstuk 3*, 9.16, 10.5.5-19
- voor korte tijd (locatio conductio) 8.3, 8.6.1, 8.6.3
- voor lange tijd (locatio conductio ad longum tempus) 8.3, 8.6.1, 8.6.3
- voorbehouden - 5.3, 5.4, 8.6.1
- voorkeursrecht 9.6.2
- voorrecht 6.4.1
- woonbelang 5.3, 10.3
- woonruimte 1.2.1, 1.4.2, 2.3, 2.5, 4.2, 4.4, 6.3, 8.7.3, 9.6.2, 10.1, 10.2.2, 10.3, 10.5.4
- Huurbeding
  - bestaansreden 2.2, 10.5.1
  - inroeping 2.3.1, 2.4, 3.2, 3.3, *hoofdstuk 4*, *hoofdstuk 6*, 10.3.2c, 10.5.20
  - inroeping door hypotheekhouder 4.2
  - inroeping door koper 4.2, 4.4, 10.3.2c, 10.3.4
  - inroeping pro forma 4.4.2, 10.3.2c, 10.3.4
  - overbodigheid 2.2, 4.4.2, hoofdstuk 10
  - 'partiële' inroeping 2.4.1
  - ratio 1.3.3, 1.4.3, 2.4, 3.3, 5.3, 8.7.3, 8.7.4, 8.7.5, 9.10, 9.12, 10.3.2a
  - verplichte inroeping? 4.5
  - verval (van -) 2.2, 10.3.1, 10.4, 10.5.1
  - werking 3.4.7, 4.5, *hoofdstuk 6*
- Huurkoop (onroerende zaken) 10.2.2
- Huurovereenkomst
  - doorlopen 6.2.1 (zie ook Verhuur)
  - nakoming 6.2.1
  - nietigheid *hoofdstuk 6*
  - (niet-)inroepbaarheid 6.2.1
  - onverbindendheid 6.2.1
  - vernietiging *hoofdstuk 6*
  - voor bepaalde duur 8.7.2
- Huurvordering *hoofdstuk 3*, 10.5.5-19
- Hypotheek
  - constructie van Bartolus 8.2, 8.6.2, 8.6.3, 8.6.4
  - verlening 5.3, 5.4
  - vestiging passim
- Hypotheekhouder
  - autonomie 6.3
  - derde - 6.4.1
  - eerste - 6.3, 6.4
  - executerende - 4.4.2, 6.3, 6.4
  - executie en art. 7A:1612 BW 3.4.7, 3.4.8
  - executierecht 6.2.2
  - rechten uit huurbeding 2.3.2
  - tweede - 6.3, 6.4
- Hypotheekrecht
  - risicoinschatting (bij hypothecaire leningen) 1.4.3, 2.5, 5.3, 9.6.2, 9.7.2, 10.2, 10.3.2a, 10.3.2d, 10.4
  - strekking 5.3.2, 8.7.3, 9.13.6, 9.14
- Inheems recht hoofdstuk 8
- Inkomensbelang 8.3
- Inroeping huurbeding: zie Huurbeding
- Inschrijving
  - huurrecht zie Huur
  - cessie/verpanding 3.4
  - overdrachtsakte 9.16
  - proces verbaal/vonnis van toewijzing 9.16, 10.2.2
- Instemming met verhuur zie Toestemming
- Italië 8.6
- Ius
  - agendi 9.16
  - detentionis 8.6.1, 8.6.3, 8.6.4
  - dominium 8.6.4
  - in personam 8.6.1
  - in re 8.6, 8.6.2, 8.6.3
  - perpetuum in agro vectigali 8.3
  - retentionis 8.6.1
  - tollendi 8.3
- Justiniaanse codificatie 8.6.1
- Kadasterrecht 9.6.2
- Kanonisten 8.6.1
- Karolingische stelsel 8.6
- Kenbaarheid van het huurrecht *hoofdstuk 5*, 9.12, 9.13.3, 10.3.2d, 10.5.21-22
- Kettingbeding 10.3.2i



TREFWOORDENREGISTER

- Keur 8.5, 10.2.2  
 Klassieke recht 8.6  
 Koning Lodewijk Napoleon 1.2.2  
 `Koop breekt huur' *hoofdstuk 8*  
 Koper 10.3.4, 10.5.9  
 Korte beschrijving  
 - art. 7A:1612 BW 1.2.1  
 - art. 34 Pw 1.2.1  
 - art. 1230 Oud BW 1.3.1  
 - art. 3:264 BW 1.4.1  
 - art. 3:264 lid 3 BW (art. 1230 lid 2 Oud BW) 1.5.1  
 Kwade trouw verhuurder 5.3, 5.4  
 Kwalitatief recht 10.3.2i  
 - huur als - zie Huur  
 Kwalitatieve verplichting 9.5.1, 10.2.2
- Landbouwgronden 8.3, 8.7.2, 9.6.2  
 Landrechten 10.2.2  
 Lastgeving 9.12.4  
 Leenheer 8.6  
 Leenman 8.6  
 Leenstelsel 8.6.3  
 Legaat 8.4, 8.6.2, 9.9  
 Legatum per vindicationem 8.4.1  
 Legatum per damnationem 8.4.1  
 Lichamelijke zaken 8.4.2  
 Locatio conductio rei 8.3, 8.6, 8.6.3
- Maatschap 8.6.1  
 Magister bonorum 8.4.2  
 Makelaar 5.3.1, 10.3.5  
 Mandaatsleer 4.2, 8.7.5, 9.4.2, 9.8, 9.9, 9.13.1  
 Mechelen 10.2.2  
 Mededelingsplicht (verhuur) 5.3.1, 5.3.2 sub 4b  
 Middeleeuwen 8.6.3  
 Misbruik  
 - verhuur/verpachtingsbevoegdheid 1.3.3, 8.7.3, 8.7.5  
 - van bevoegdheid (art. 3:13 BW) 6.3, 9.6.2  
 Moment beschikkenzie Beschikken
- Naasting 8.3  
 Nakoop 8.3  
 Nakoming huurovereenkomst 6.2.1  
 Nemo plus-regel 3.4.1, 3.4.9, 3.4.12, 8.6, 8.6.3, 8.7.3, 9.3.1, 9.4, 9.6, 9.13.1, hoofdstuk 10  
 Nevenbeding 8.6.1  
 Noordelijke Nederlanden 8.6  
 Notaris 10.3.5  
 Nutzung 8.3, 8.6.3
- Obligatieleer 9.2, 9.3, 9.4 (ook: Relativiteitsbeginsel)  
 Onbetamelijkheid 9.12, 9.13.6  
 Onderhuur 5.4  
 Onderzoeksplicht  
 - huurder *hoofdstuk 5*  
 - hypotheekhouder *hoofdstuk 5*  
 - koper(s) 5.4  
 Onkenbaarheid van het huurrecht *hoofdstuk 5*  
 Onrechtmatige daad 5.2, 6.3, 9.12  
 Ontruiming huurder: passim  
 Ontruimingsrecht  
 - koper 2.3, 4.2, 4.4, 8.7.5, 10.3.4  
 - verhuurder 8.6.1  
 Ontwerp BW (art. 7:226, 7:227) 1.2.1, 1.2.4, *hoofdstuk 7*, 9.6.2, 10.2, 10.3.2f, *10.5.26*  
 Ontwerp Meijers art. 3.9.4.8 1.4.2  
 Onverbindendheid huurovereenkomst 6.2.1  
 Oostenrijk 8.6  
 Opeisbaarheid huurvordering 3.3, 3.4, 3.4.5, 3.4.6, 3.4.10  
 Openbare registers  
 - inschrijving huurrecht zie Huur  
 - raadpleging - door huurder 2.5, 5.2, 5.3, 5.4, 9.6.2, 10.3.3, 10.3.5, 10.5.21-22  
 Operatie Stolkam 1.4.2  
 Oppositie tegen afgifte kooppenningen 3.4.12  
 Opportuniteit 9.11  
 Opstal (recht van) 1.2.4, hoofdstuk 7, 8.3, 8.6.1, 8.6.3, 10.5.25  
 Oud-Vaderlands (Hollands/Nederlands) recht hoofdstuk 8, 9.7, 10.2.2

- Overdrachtsbelasting 4.3, 8.6.3
- Overgang huurverhouding 3.4.9, 10.3.2f
- Overgang
- onder algemene titel 8.4.2, 9.2.1, 9.3.1, 9.9, 10.2
  - onder bijzondere titel 8.4.2, 9.3.1, 9.9
- Overgangsrecht 10.4
- Overijssel 10.2.2
- Pacht 1.2, 1.3, 2.2, 2.3, 5.4.2 (sub 2, 3), 6.4.1, 8.2-8.6, 9.6.2, 10.1, 10.2.2, 10.3.2c, 10.3.2i-j, 10.6
- inschrijving pachtrecht 9.6.2
- Pachtbeding 1.3.1, 1.4, 1.5, 6.4.1, 10.1
- Pachtbesluit 1941 1.2, 1.5
- Pachtwet 1937 1.2, 1.5
- Pachtwet 1958 1.2, 1.5
- Pacta sunt servanda 8.6
- Pandrecht 7.2, 8.4.2, 8.6.2, 9.13.6, 9.16, 10.2.2, 10.5.25
- Partijwil 9.9.2
- Petitio principii 9.10
- Possessio civilis 8.6.1
- Possessio naturalis 8.6.1
- Post-Glossatoren (Commentatoren) 8.2, 8.6
- Praetor 8.4, 8.6.1
- Preferente crediteuren 7.2.1
- Prioriteit (sregel) 1.3.3, 2.2, 3.4.3, 3.4.10, 3.4.12, 6.3, 7.2.1, hoofdstuk 9, hoofdstuk 10
- Publiciteit huurrecht 5.4.2, 10.5.21-22
- Publiciteitsbeginsel 5.4.2 sub 3a, 9.13.6, 10.5.21-22
- Raadpleging openbare registers zie Openbare registers
- Rangorde 6.3, 6.4, 10.5.25
- Ratio
- art. 7A:1612 BW 1.2.3, 1.2.4, 7.2, 8.7.3, 8.7.5, 9.10
  - art. 34 Pw 1.2.3
  - art. 1230 Oud BW 1.3.3, 8.7.3, 8.7.5, 9.10, 9.12
  - art. 3:264 BW 1.4.3, 5.3, 8.7.4, 8.7.5, 10.3.2a
- 10.3.2a
- art. 3:264 lid 3 BW (art. 1230 lid 2 Oud BW) 1.5.2
  - art. 7:226 en 7:227 Ontwerp BW 1.2.3, 1.2.4, 5.4.2
- Realiteitsprincipe 3.4.12
- Receptie (Romeins recht) 8.3, 8.6
- Rechtsband (koper-huurder) zie Rechtsbetrekking
- Rechtsbetrekking (koper-huurder) 8.4.2, 9.2.1, 9.4, 9.9
- Rechtseenheid 8.7
- Rechtshistorie hoofdstuk 8
- Rechtsleer hoofdstuk 9
- Rechtsmiddelen (in het Romeinse recht) 8.4
- Rechtsonzekerheid
- voor huurder 1.3.3, (analyses) hoofdstuk 2 t/m 7
  - omtrent art. 3:264 BW 2.2, 9.13.6, 10.5.1
  - voor hypotheekhouder 2.2.2
- Rechtsvergelijking Algemene inleiding (sub 7)
- Redelijkheid en billijkheid 1.2.4, 6.3
- Rechtsvordering 9.16
- Registratie huur zie Huur (inschrijving)
- Reivindicatio (utilis) 8.6.1, 8.6.3
- Relatieve prioriteitsregel 9.16
- Relatieve werking huurbeding *hoofdstuk 6*, 10.3.2d, 10.5.24-25
- Relativiteitsbeginsel 9.2, 9.3, 9.4, 9.8, 9.9
- Rente 8.3, 8.6.3
- Rentmeester 10.3.5
- Res inter alios acta 8.4.2
- Retentierecht
- algemeen 7.2, 9.12.4, 9.13.3, 10.5.25
  - huurder 1.2.1, 8.6.1
- Revindicatie 4.4.2, 5.4.2, 9.12.4
- Risico (on)kenbare huur hoofdstuk 5, 10.5.21-22
- Risicoinschatting zie Hypotheekrecht
- Roerende zaak Alg. Inl. sub 8, 1.2.1, 3.4.8, 5.4.2 sub 3a (zie ook Huur)
- Romanisten 8.3
- Romeins recht 1.3.2, 8.4
- Ruil 8.4
- Ruime uitleg art. 7A:1612 BW:

TREFWOORDENREGISTER

- hoofdstuk 2 t/m 7 (analyses)
- Schadevergoeding
- beperkt gerechtigde 10.2.2, 10.3.2d
  - huurder 1.2.1, 5.4.2 sub 3b, 6.2.1, 6.4, 8.4, 8.6.1, 8.6.3, 8.7.2, 10.2.2, 10.3.2d, 10.3.3
  - Scheiding en deling 8.6.1
  - Schenking 8.4
  - Schuldeiser van de verhuurder 8.5
  - Schuldgebondenen 8.2, 8.3
  - Schijn (niet-verhuurd zijn) 5.3
  - Slaven 8.2, 8.3
  - Staatsdomeinen 8.7.2
  - Stamrecht 8.6.3
  - Sterfdag (breekt geen huur) 8.6.3
  - Stroppendochter 4.3
  - Subjectief recht 9.16
  - Subrogatie 6.4.1
  - Superficies 8.3
  - Systeem burgerlijk recht 2.2, 5.4, 7.2.2, hoofdstuk 8-10
- Tekortkoming (wanprestatie) 10.4
- Temporele dimensie 3.4.2, 3.4.4
- Termijn (voor ontruiming) 8.6.3, 8.7.2, 10.2.2, 10.3.2c, 10.3.3
- Tins 8.3
- Tijns 8.3
- Titel (verblijf zonder recht of -) 4.4.2, 10.3.3, 10.3.4
- Toedoenbeginsel 9.12.4, 9.13.6
- Toekomstige huurvordering *hoofdstuk 3, 10.5.5-19*
- Toekomstigheid huurvordering 3.4, 3.4.2, 3.4.5, 10.5.11
- Toestemming hypotheekhouder 1.3.3, 2.2, 2.3, 2.5, 5.2, 6.2.1, 10.2.2, 10.3.5, 10.5.4 (zie ook Erkenning/Gedogen)
- Toetsing (door president rechtbank) zie
- Verlof
- Uitleg art. 7A:1612 BW
- beperkte - hoofdstuk 10
  - ruime - hoofdstuk 2 t/m 9
  - versterkte ruime - 7.2.2
  - Utrecht 8.6.3
- Veertigste penning 8.6.3
- Veilingkoop 4.3
- Veilingkoper 4.3
- Veilingprocedure 6.3 sub B
- Veilingvoorwaarden 4.2, 4.3, 5.2, 6.2.1, 6.3, 10.3.1, 10.3.2c, 10.3.2g-i, 10.3.3, 10.3.4
- Veluwe 10.2.2
- Verbintenis uit de wet 9.8
- Verblijf zonder recht of titel zie Titel
- Vergoedingsvordering huurder 6.4
- Verjaringsbezit 8.6.1
- Verhuur
- bevoegdheid 5.4.2 sub 3b, hoofdstuk 6
  - latere - op dezelfde voorwaarden 2.5, 10.3.1, 10.3.2a
  - door niet-eigenaar 5.3, 5.4
  - mededelingsplicht -5.3
  - verzwijging verhuur hoofdstuk 5
  - vóór hypotheekvestiging 5.3
- Verhuurder hoofdstuk 7
- Verkoop
- in onverhuurde staat 3.4.7, 4.4.2, 6.3, 6.4, hoofdstuk 10
  - in verhuurde staat 3.4.7, 4.4.2, 6.3, 6.4, hoofdstuk 10
  - 'geregelijke' - 8.5
  - vrijwillige 1.3.3, 3.4.7, 8.7.3, 8.7.5
- Verlof president rechtbank 2.5.2, 4.2, 4.4, 5.2, 6.3, 9.6.2, 9.9, 10.3.1, 10.3.2c, 10.3.2k, 10.3.3, 10.3.5, 10.5.4
- Vernietiging zie Huur
- Veroordeling tot ontruiming 4.2
- Verpanding huur- of pachtvorderingen 1.4, 2.2, 2.3, 2.5, *hoofdstuk 3, 10.5.5-19*
- Vertrouwen 9.12, 9.13.3
- Verval huurbeding zie Huurbeding
- Vervreemding (ex art. 505 Rv) 3.4.8, 10.5.5-19
- Verzet tegen verkoop/veilingvoorwaarden 6.3 sub B, 10.3.2c, 10.3.2h
- Verzoek vervallenverklaring huur 10.3.3
- Verzwijging huur 5.2, 5.3, 5.4

Vlaanderen 8.6.3  
 Voeging in veilingprocedure 6.3 sub B, 6.4.1  
 Voorbehoud art. 7A:1612 BW 1.2.1  
 Vooruitbetaling huur- of pachtpenningen 1.3,  
 2.2, 2.3, 2.4, 8.5, 8.7.5, 10.5.3  
 Voorwaarde  
 - uitwinning door hypotheekhouder 1.3.3  
 Vorderingsrecht 3.4.2, 3.4.9, 9.16  
 Vrijwillige verkoop zie Verkoop  
 Vruchten zie Burgerlijke vruchten  
 Vruchtgebruik (recht van) 1.2.4, 1.3.3,  
 hoofdstuk 7, 8.3, 8.4.2, 8.7.3, 10.5.25

Waardeverlies hypothecair onderpand 2.4,  
 10.2.2  
 Waardevergoeding pachter 8.3  
 Waardestijging hypothecair onderpand 4.4  
 Wanprestatie zie Tekortkoming  
 Weer (gewere) 8.3, 8.6.3  
 Wegnemingsrecht 8.3  
 West-Europa 8.5  
 Wetboek Lodewijk Napoleon, ingerigt voor het  
 Koninkrijk Holland 1.2.2  
 Wetsgeschiedenis  
 - art. 7A:1612 BW 1.2.2, 8.7.3, 8.7.5  
 - art. 34 Pw 1.2.2  
 - art. 1230 Oud BW 1.3.2, 8.7.3, 8.7.5  
 - art. 3:264 BW 1.4.2, 8.7.4, 8.7.5  
 - art. 3:264 lid 3 BW (art. 1230  
 lid 2 Oud BW) 1.5.1  
 Wetsontwerp Kemper 8.7.5  
 Woonbelang 8.3  
 Woonruimte: zie Huur

Zaaksgevolg 9.13.4  
 Zeeland 8.6.3, 8.7  
 Zorgvuldigheid 5.4.2, 10.5.22  
 Zuivering 6.3, 10.2.2, 10.3.2c  
 Zutphen 8.6.3, 8.7  
 Zwitserland 8.6