

Koop breekt geen huur in het Ontwerp BW

Reactie op het artikel 'De regel 'koop breekt geen huur' in wetsvoorstel 26089 vertoont (verborgen) gebreken' van mr. M.M. van Asbreuk-van Os in WPNR (2000) 6386.

1. Inleiding

De suggestie van mevrouw Asbreuk-van Os in WPNR 6386 om de artikelen 7:226 en 7:227 van het Ontwerp BW (wetsvoorstel 26.089) nader te overdenken, onderschrijf ik van harte. Ook haar verwer-

ping van de - door art. 7:226 lid 1 voorgestane - overgang van een huurovereenkomst op een beperkt gerechtigde indien de verhuurder een beperkt recht vestigt op de verhuurde zaak, juich ik toe. Een dergelijke overgang op de beperkt gerechtigde, waarmee deze de plaats van de oorspronkelijke verhuurder inneemt, is immers iets geheel anders dan: de latere beperkt gerechtigde moet het eerder verleende huurrecht tegen zich laten werken.¹

In haar bespreking van de beide artikelen mis ik echter hetgeen ik als de 'kern van de problematiek' zou willen aandui-

den: een al twee eeuwen bestaande, te ruime uitleg van het adagium 'koop breekt geen huur' zodra zich enige aantaking van het huurrecht aandient met andere (beperkte) rechten: de huurder wordt beschermd, óók wanneer zulks het systeem van het vermogensrecht onnodig doorkruist.² Sterker, mevrouw

1. Zie deze terechte tweedeling, gemaakt door Mevrouw Asbreuk-van Os op blz. 32, onder 2.4.

2. De te ruime uitleg werd eerder bekritiseerd door A. van Oven (Asser-Van Oven Zakenrecht (1978), blz. 182) en J.B.M. Roes, WPNR 5173 (1972), blz. 221-222 en WPNR 5987 (1991), blz. 5.

Asbreuk-van Os gaat van deze te ruime uitleg op diverse plaatsen uit en/of beschouwt deze als een gegeven. Het sterkst blijkt dit uit haar voorstel om het huurrecht op te waarden tot een beperkt recht.³ Zoals zij zelf aangeeft kan een dergelijke opwaardering niet alle problemen oplossen. Dit mag geen verwondering wekken, omdat de *oorzaak* van de problemen intact wordt gelaten.

De te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW, die zelfs tot 'principiële hoofdregel' verklaard wordt door de wetgever van art. 7:226 en 7:227 Ontwerp BW⁴, vertroebelt tot op heden vrijwel iedere discussie over een botsing tussen een huurrecht en andere (beperkte) rechten.⁵ Een gevreesd voorbeeld is de totstandkomings-geschiedenis van het huurbeding van art. 3:264 BW. Dit huurbeding wordt in het Ontwerp BW beschouwd als een 'uitzondering' op de principiële hoofdregel.⁶ Mevrouw Asbreuk-van Os sluit hierbij aan en pleit in haar hier te bespreken artikel zelfs voor een uitbreiding van het aantal uitzonderingen.⁷

Het verdient mijns inziens echter krachtige aanbeveling, zeker nu de gelegenheid zich voordoet bij de herziening van titel 7.4, om zich te bezinnen op de genoemde *oorzaak* van de problemen. Door de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW af te zetten tegen de oorspronkelijke bedoeling van dit artikel, moge het onderstaande daartoe (mede) een aanzet vormen. Om te beginnen zal die eigenlijke bedoeling kort geschetst worden (2). Vervolgens wordt onder 3 geschetst, welke onnodige gevolgen de te ruime uitleg heeft in een botsing van een huurrecht met een ouder hypotheekrecht. Onder 4 wordt ingegaan op de 'andere beperkte rechten' die mevrouw Asbreuk-van Os in haar artikel bespreekt. De gevolgen van toepassing van de eigenlijke bedoeling van het adagium 'koop breekt geen huur' voor de artikelen 7:226 en 7:227 Ontwerp BW worden onder 5 aangegeven. Het geheel wordt besloten met een conclusie (6).

2. De eigenlijke bedoeling van het adagium 'koop breekt geen huur'

Met art. 7A:1612 BW is oorspronkelijk bedoeld, zo mag worden aangenomen, de huurder bescherming te verlenen tegen eigendomsoverdracht van het gehuurde door de eigenaar/verhuurder, een rechtshandeling die het eerder door deze verleende huurrecht zou kunnen

aantasten.⁸ Gezien deze bedoeling ligt het voor de hand om een huurder óók beschermd te achten tegen andere *latere* goederenrechtelijke handelingen dan eigendomsoverdracht, zoals bijvoorbeeld de vestiging van een beperkt recht. Het wettelijke systeem zoals onder andere neergelegd in de artikelen 3:8 en 3:98 BW, brengt dit mee⁹: de vestiging van een beperkt recht is een 'overdracht' van bevoegdheden uit het 'meer omvattende' recht (art. 3:8 BW). Hetgeen nu krachtens art. 7A:1612 BW geldt voor een overdracht van het meer omvattende recht (eigendom), moet ook gelden voor een overdracht van daaruit afgeleide bevoegdheden (art. 3:98 BW). Het huurrecht is daarmee slechts tegenwerpbaar aan een beperkt recht indien dit gevestigd wordt *nà* de totstandkoming van het huurrecht. In de tweede plaats moet een huurder ex art. 7A:1612 jo. art. 3:98 BW beschermd geacht worden tegen een overdracht van een beperkt recht, *mits*, zo vloeit uit het wettelijke systeem en uit de oorspronkelijke bedoeling van art. 7A:1612 BW voort, dat beperkte recht gevestigd werd *nà* de verhuur, dus wanneer het dadelijk na de vestiging al niet aan de huurder tegenwerpbaar was.

3. Het adagium 'koop breekt geen huur' en het hypothekrecht

Buiten het onder 2 beschreven wettelijke systeem wordt getreden, indien de huurder op grond van het adagium 'koop breekt geen huur' óók geacht wordt beschermd te zijn tegen beperkte rechten die al bestonden *vóórdát* zijn huurrecht tot stand kwam. Alsdan is er sprake van een *tè* ruime uitleg van art. 7A:1612 BW.

Naar huidig recht wordt art. 7A:1612 BW in ieder geval te ruim uitgelegd wanneer een huurder botst met een eerder gevestigd hypotheekrecht: heersend is de opvatting te noemen, dat de hypotheekhouder in beginsel ex art. 7A:1612 BW aan dat latere huurrecht is gebonden.¹⁰ In haar gevolgen acht de wetgever deze uitleg ongewenst, zoals blijkt uit het bestaan van het huurbeding van art. 3:264 BW en uit verspreid voorkomende 'erupties' van het wettelijke systeem.¹¹ Door middel van een huurbeding moet een hypotheekgever¹² zelf dat wettelijke systeem herstellen, zodat zijn hypotheekrecht weer *boven* een later en persoonlijk huurrecht gaat. Elders hoop ik

voldoende overtuigend aan te tonen dat voor deze uitleg van art. 7A:1612 BW geen rechtvaardiging gevonden kan worden.¹³ Het argument 'bescherming van de huurder', zo veelzeggend in de hierboven onder 2 omschreven oorspronkelijke uitleg van het artikel, kan kort gezegd niet als zodanig dienen: bescherming van de huurder verstoort dan eerst het wettelijke systeem (de te ruime uitleg van art. 7A:1612 BW), ver-

3. A.w., blz. 35 onder 6. Maar ook op blz. 34-36, onder 3, 3.1, 3.2 en 3.3 en onder 4 gaat zij van de te ruime uitleg uit: deze is een *conditio sine qua non* voor de aldaar besproken complicaties (zie nader hieronder).

4. MvT ad art. 7:226, Tweede Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 26.089, nr. 3, blz. 35-36.

5. In mijn - naar ik hoop nog dit jaar te verdedigen - proefschrift betreffende de uitleg van de regel 'koop breekt geen huur' in verband met het huurbeding van art. 3:264 BW, ga ik uitgebreid op deze materie in.

6. Zie noot 4.

7. A.w., blz. 34, onder 3.

8. Vgl. A.P.L. Nelissen, *Huur en vervreemding*, diss. Leiden 1880, 's Hertogenbosch 1880, blz. 9; F.F.X. Cerutti, *Hoofdstukken uit de Nederlandse Rechtsgeschiedenis*, Nijmegen 1972, blz. 33 e.v.; E.J.H. Schrage, *Koop breekt geen huur*, Deventer 1984, blz. 1-4.

9. Uit dit systeem vloeien onder meer de 'nemo plus'-regel en de daarop gebaseerde prioriteitsregel voort; vgl. Parl. Gesch. Boek 5, Algemene opmerkingen over Boek 5, blz. 3, onder 4.

10. Expliciet anders A. van Oven, Asser-Van Oven Zakenrecht (1978), blz. 182 en J.B.M. Roes, WPNR 5173 (1972), blz. 221-222 en WPNR 5987 (1991), blz. 5. Van Oven spreekt met betrekking tot de ruime werking van art. 7A:1612 BW in de botsing met een

anterieure hypotheekhouder van een misverstand, waarbij de ecartering daarvan (via het huurbeding) tot nieuwe misvattingen aanleiding geeft; Roes duidt deze werking van art. 7A:1612 BW eveneens aan een te ruime.

11. Een voorbeeld van dit laatste is de door Mevrouw Asbreuk-van Os op blz. 35 aangehaalde Memorie van Antwoord op art. 7:227 Ontwerp BW, waar de wetgever inderdaad uitgaat van het wettelijke systeem: de hypotheekhouder mag het genot van de huurder bij art. 3:267 BW wél belemmeren indien de huur dateert van *nà* de vestiging van het hypotheekrecht. Eenzelfde gedachte ligt besloten in art. 3:264 lid 4 BW, dat slechts gebondenheid van de hypotheekhouder aan *latere* verhuur aanneemt, indien hij bij de vestiging van de hypotheek al te maken had met een soortgelijke *eerdere* verhuur. Denkt men nu de eerdere verhuur weg, dan is er géén gebondenheid aan de latere verhuur.

12. Albers-Dingemans merkt terecht op: 'Bij het doorlezen van de Parlementaire Geschiedenis (van art. 3:264 BW, RW) 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. De bepaling is dan ook niet altijd even duidelijk en geeft aanleiding tot vragen.' (R.L. Albers-Dingemans, *Hinderpalen bij exentatie*, in: *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht*, Preadvies KNB 1998, blz. 22).

13. Zie hierboven, bij noot 5.

volgens moet dat systeem worden 'hersteld' in het belang van (één!) eerdere hypotheekhouder (art. 3:264 BW), en daarop moet in het belang van de huurder weer gewaakt worden tegen een onnodige inroeping van het huurbeding (art. 3:264 leden 5-8 BW). Gesproken kan hier worden van een verbazingwekkende omweg in het juridische denken, een omweg die via nader noodzakelijke 'uitleg' van art. 3:264 BW (art. 1230 Oud BW) heeft geleid en blijft leiden tot een schier oneindige hoeveelheid problemen en, verontrustender, tot een constante en volstrekt onnodige rechtsonzekerheid.¹⁴

Voor het komende recht (art. 7:226 lid 2 Ontwerp BW) wordt de omweg zelfs bevorderd tot een 'princiële hoofdregel'. Artikel 3:264 BW wordt genoemd als een 'belangrijke uitzondering' daarop.¹⁵ Het resultaat dat met de uitzondering wordt nagestreefd is tweeledig: respectering van een eenmaal gevestigd hypotheekrecht (art. 3:264 lid 1, 2 en 4 BW), en tegelijk toetsing aan huurdersbelangen (art. 3:264 lid 5-8 BW). Gezien echter het feit dat enige respectering van het eerdere hypotheekrecht eerst onmogelijk wordt gemaakt door de 'princiële hoofdregel', mag dit een wonderlijke doelstelling genoemd worden. Dit klemte meer, omdat de twee grootheden - respectering hypotheekrecht, en toetsing aan huurdersbelangen bij executie - elkaar niet bijten; de omweg in het denken ontnemt echter alle zicht op dat gegeven. Mijns inziens is het resultaat dat thans met art. 3:264 BW wordt nagestreefd - herstel van het wettelijke systeem - te bereiken langs een kortere weg: het wettelijke systeem niet eerst frustreren. Lid 2 van art. 7:226 Ontwerp BW dient geschrapt te worden. Het adagium 'koop breekt geen huur' dient *niet* van toepassing te zijn op de executie door een schuldeiser van de verhuurder. De huurdersbescherming van thans art. 3:264 lid 5-8 BW kan elders - en samenhangender dan in dit artikel - worden ondergebracht.¹⁶

4. *Het adagium 'koop breekt geen huur' en andere beperkte rechten*

Na het vorenstaande behoeft het geen betoog, dat handhaving van het onder 2 beschreven wettelijke systeem ook de toetssteen dient te zijn voor een 'botsing' van een huurrecht met andere beperkte rechten (dan het hypotheek-

recht). Anders gezegd: de te ruime uitleg van het adagium 'koop breekt geen huur' dient naar mijn mening ook hier te worden afgewezen. Art. 7A:1612 BW (art. 7:226 Ontwerp BW) kan slechts - via art. 3:98 BW - toepasselijk zijn in de volgende gevallen:

a. wanneer een *bestaand huurrecht* dreigt te worden aangetast door (de overdracht van) een *later* gevestigd beperkt recht, terwijl de (latere) blooteigenaar de verhuurder is;

b. wanneer een *bestaand huurrecht* dreigt te worden aangetast door de overdracht van een beperkt recht, terwijl de gerechtigde tot dat over te dragen beperkt recht zelf de verhuurder is.

Wordt het adagium aldus overeenkomstig zijn oorspronkelijke bedoeling geïnterpreteerd, dan wordt om te beginnen niet toegekomen aan de door mevrouw Asbreuk-van Os opgeworpen vraag, of de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst wel moeten *overgaan* op de latere beperkt gerechtigde.¹⁷ Sterker, de gedachte aan een dergelijke overgang, neergelegd in art. 7:226 lid 1 Ontwerp BW, is een uitdrukking van de genoemde te ruime uitleg. De complicaties die mevrouw Asbreuk-van Os uitwerkt, zijn niet alleen een gevolg van die uitleg, maar onderstrepen ook het onnodige daarvan. Met betrekking tot latere beperkte rechten is het al voldoende indien de latere beperkt gerechtigde een eerder verleend huurrecht tegen zich moet laten werken; verhuurder behoeft hij daartoe niet te worden. (Overigens, de verwerping door mevrouw Asbreuk-van Os van de 'overgang' in art. 7:226 Ontwerp BW¹⁸ ondervangt mijns inziens de vragen die zij onder 2.2 en 2.3 opwerpt).¹⁹

De 'extra uitzonderingen' vervolgens, die mevrouw Asbreuk-van Os voorstelt²⁰ voor de erfverpachter, de pandhouder en de retentor om de werking van art. 7:226 Ontwerp BW te corrigeren, zijn evenmin nodig indien de te ruime uitleg wordt losgelaten. Aan de door haar terecht gesignaleerde anomalieën gaat immers de veronderstelde toepasselijkheid van art. 7A:1612 BW en art. 7:226 (lid 2) Ontwerp BW op *aan het huurrecht anterieure* rechten vooraf. Voor die toepasselijkheid is geen rechtvaardiging aan te voeren.²¹ Het tegendeel zelfs: zij creëert op vrijwel alle fronten problemen, terwijl hetgeen ermee wordt beoogd - bescherming van de huurder zodra er sprake is van een overdracht na

verhuur -, zòver doorschiet dat er 'uitzonderingen' nodig zijn om de ongewenste resultaten die dreigen te ontstaan, weg te nemen. Wordt de te ruime uitleg weggelaten, dan kan het bestaande recht van de erfverpachter *niet* aangetaast worden door de latere verhuur door de erfpachter (hetgeen beter 'spoort' met de rechtsgevolgen van opzegging, beschreven door mevrouw Asbreuk-van Os)²²; de artikelen 7:226 en 7:227 Ontwerp BW zijn dan *niet* van toepassing wanneer de pandgever na de verpanding een huurovereenkomst aangaat²³ en evenmin indien de retentor krachtens zijn aan het huurrecht anterieure recht executeert.²⁴

Voorts: het door mevrouw Asbreuk-van Os op enkele plaatsen geconstateerde 'tweesporenbeleid' van de wetgever - de ene keer: huurrecht gaat boven een daaraan anterieur recht; de andere keer: anterieur recht kan het latere huurrecht negeren²⁵ - is eveneens te herleiden tot de te ruime interpretatie van het adagium 'koop breekt geen huur'. Dit blijkt, wanneer een anterieur recht een later huurrecht kan negeren: dan vindt het wettelijke systeem normale toepassing

14. Zie bijvoorbeeld de recente discussie over de betekenis van de 'relatieve' werking van art. 3:264 lid 2 BW, tussen W.G. Huijgen enerzijds (WPNR 6223 (1996) en diverse auteurs anderzijds: M.J.W. van Ingen, WPNR 6238 (1996); W.M. Kleijn, WPNR 6244 (1996); H.W. Heyman, WPNR 6255 (1997), telkens met naschrift van Huijgen; J.E. Fesevur, WPNR 6269 (1997), met naschrift van Huijgen in WPNR 6272 (1997); R.L. Albers-Dingemans, a.w., blz. 44. 15. MvT ad art. 7:226, Tweede Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 26.089, nr. 3, blz. 35-36. Ook Mevrouw Asbreuk-van Os onderschrijft deze hoofdregel, waar zij voorstelt (a.w. blz. 34, onder 3) enige uitzonderingen aan de door de wetgever genoemde toe te voegen.

16. In mijn proefschrift geef ik een uitgebreide uitwerking van één en ander voor bestaande wetsartikelen (zie noot 5).

17. A.w., blz. 32-34, ad 2.4.

18. A.w., blz. 32-34, onder 2.4.

19. A.w., blz. 32.

20. A.w., blz. 34, onder 3.

21. Zoals ik in mijn proefschrift verdedig (zie noot 5).

22. A.w., blz. 34 l.k.

23. A.w., blz. 34 r.k.

24. A.w., blz. 35 l.k.

25. A.w., bijvoorbeeld blz. 34 l.k. (aantasting anterieure recht erfverpachter wanneer deze door beslaglegging en executie verhaal zoekt, handhaving van dat anterieure recht in geval van opzegging van de huurovereenkomst); blz. 34 r.k. (pandhouder is ex art. 7:226 lid 2 aan latere huur gebonden, maar ex art. 7:227 niet); blz. 35 l.k. (anterieur retentierecht wél aan huurovereenkomst gebonden bij executie, anterieur beslag niet); blz. 35 l.k. (uiteenlopende interpretatie van art. 3:264 lid 4 BW en art. 3:267 BW).

(vgl. de hierboven, onder 3 bedoelde 'erupties').

Enkel de situatie, door mevrouw Asbreuk-van Os bekritiseerd onder 2.1 wordt niet veroorzaakt door de te ruime uitleg; haar (terechte) kritiek betreft de oorspronkelijke toepassing van art. 7A:1612 BW.

5. *Gevolgen voor de artikelen 7:226 en 7:227 Ontwerp BW*

Wordt de te ruime interpretatie van het adagium 'koop breekt geen huur' losgelaten, dan heeft dit voor art. 7:226 Ontwerp BW de volgende gevolgen. Van groot belang is, dat het artikel aanvangt met de (her-) formulering van de oorspronkelijke 'koop breekt geen huur'-regel. De essentie van die regel is, dat een bestaand huurrecht niet aangetast moet kunnen worden door *latere* (goederenrechtelijke) handelingen van de verhuurder. Anders gezegd: een *later* goederenrechtelijk recht op een verhuurde zaak dient *niet-tegenwerpbaar* te zijn aan het desbetreffende, eerdere (persoonlijke) huurrecht. Verder strekt het adagium niet en behoort dat ook niet te doen. Daarmee is gegeven, dat het niet zinvol is om aan het 'koop breekt geen huur' in *alle* gevallen een 'overgang' van 'de' rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst vast te knopen. De huidige versie van art. 7:226 lid 1 Ontwerp BW schiet aldus zijn doel ver voorbij, zoals de door mevrouw Asbreuk-van Os gepresenteerde voorbeelden laten zien. Geformuleerd overeenkomstig zijn oorspronkelijke ratio zou art. 7:226 kunnen komen te luiden (de nieuwe gedeelten zijn gecursiveerd; het huidige derde lid van art. 7:226 wordt lid 2; het huidige lid 4 blijft ongewijzigd).

1. Een bestaand huurrecht kan niet worden aangetast door een eigendomsoverdracht door de verhuurder of door een erfrechtelijke verkrijging wegens het overlijden van de verhuurder. In die gevallen gaan de rechten en verplichtingen van de verhuurder die daarna opeisbaar worden, over op de (erfrechtelijke) 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 leden worden afgeweken.

Via de schakelbepaling art. 3:98 BW geldt hetgeen in dit nieuwe lid 1 is bepaald, gelijkelijk voor *na* het huurrecht te vestigen beperkte rechten, alsmede voor overdracht van die rechten. Lid 3 vrijdelt 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 beslaglegger bij executie evenmin gebonden is aan een nadien verleend huurrecht (vgl. bijv. art. 453a en 505 lid 2 Rv).

Art. 7:227 kan vervallen: de noodzaak van hetgeen hierin beoogd wordt te bewerkstelligen - respectering van een bestaand huurrecht door een latere

beperkt gerechtigde -, is met de hierboven voorgestelde redactie van art. 7:226 vervallen. Art. 7:227 is (weer) een voorbeeld van een correctie die nodig wordt omdat 'koop breekt geen huur' te ruim wordt uitgelegd: door het huidige lid 1 van art. 7:226 wordt eerst het wettelijk systeem doorbroken, art. 7:227 poogt het te herstellen (maar slaagt daarin slechts ten dele).

6. *Conclusie*

De door mevrouw Asbreuk-van Os beschreven rangordeproblemen tussen een huurder en beperkt gerechtigden zijn terecht signaleerd, maar tegelijkertijd volkomen overbodig. Zij zijn het gevolg van een te ruime uitleg van het adagium 'koop breekt geen huur'. Deze uitleg geldt ook in het huidige recht en brengt het volgende teweeg: eerst wordt het wettelijke systeem onnodig gefrustreerd door het huurrecht óók voor te laten gaan boven daaraan anterieure rechten. Vervolgens moet gezocht worden naar herstelmogelijkheden ten behoeve van die anterieure rechten. Worden die mogelijkheden gevonden (art. 3:264 BW, art. 7:227 Ontwerp BW) dan brengen deze zoveel vervolproblemen met zich mee, dat het zicht op het basisprincipe van 'koop breekt geen huur' - een bestaand huurrecht moet gerespecteerd worden - steeds verder wordt ontnomen. Een immer toenemende onbalans en rechtsonzekerheid zijn het gevolg.

*Mr. R. Westrik**

* Docent privaatrecht Erasmus Universiteit Rotterdam.

NASCHRIFT

Volgens de heer Westrik worden alle door mij signaleerde problemen bij de artikelen 7:226 en 7:227, met uitzondering van het onder 2.1 vermelde, ondervangen door bij het adagium 'koop breekt geen huur' consequent vast te houden aan de regel dat het oudste recht voorgaat (de prioriteitsregel). Ik deel dat standpunt niet.

Het oudste recht en huur

De prioriteitsregel is niet uitdrukkelijk in het BW¹ opgenomen, het vindt zijn uitwerking in de artikelen 3:81 en 3:98 BW.

De regel wordt wel gebaseerd op het beginsel dat niemand meer recht kan verlenen dan hij zelf heeft.² Daarbij wordt met name gedacht aan twee *goederenrechtelijke* rechten die met elkaar in

botsing komen. Bij een botsing van een 'verbintenisrechtelijk' recht met een

1. Toelichting Meijers bij de algemene opmerkingen over Boek 5, PG 5, blz. 3.

2. J. Ph. Suijling, Zakenrecht, no. 82 en 311. De in noot 1 genoemde T.M. vermeldt: 'Degene die het oudere recht kreeg, kan aan de verkrijger van het jongere recht tegenwerpen, dat hij die dit laatste recht vestigde, niet beschikkingsbevoegd was met betrekking tot die bevoegdheden, welke hij bij vestiging van het eerste recht overdroeg.'

goederenrechtelijk recht geldt de prioriteitsregel in beginsel niet. Wanneer A (schriftelijk) aan B heeft toegezegd dat B zijn leven lang, om niet, in het huis van A mag wonen, heeft A niet meer het recht om het huis zelf te gebruiken. Het beginsel, dat niemand meer recht kan verlenen dan hij zelf heeft, zou meebrengen dat A dit recht daarna niet meer kan verlenen aan een derde aan wie hij het huis in eigendom overdraagt. Toch kan B alleen een beroep op de prioriteitsregel doen indien zijn gebruiksrecht in een beperkt recht is gegoten. Er wordt niet van beschikkingsonbevoegdheid van A uitgegaan indien er sprake is van een gebruiksrecht voortvloeiend uit bruikleen.

Indien er sprake is van bruikleen ontleent B ook aan het verbintenisrecht geen bescherming. Daar geldt immers de hoofdregel dat overeenkomsten alleen van kracht zijn tussen de handelende partijen en dat derden daar geen rechten en plichten aan kunnen ontleen.

Zonder art. 7A:1612 BW zouden voor het gebruiksrecht van huurder B dezelfde regels gelden als bij bruikleen.

De vraag rijst nu wat art. 7A:1612 BW bewerkstelligt. Maakt het alleen een uitzondering op de hoofdregel uit het verbintenisrecht dat overeenkomsten alleen van kracht zijn tussen de handelende partijen en/of wordt het huurrecht door art. 7A:1612 BW op één lijn gesteld met een beperkt recht, zodat ook op het huurrecht de regel van het oudste recht van toepassing is?

Westrik gaat kennelijk zowel van het eerste³ als van het tweede uit.

Dat de prioriteitsregel die meebrengt dat door vestiging van een ouder recht beschikkingsonbevoegdheid ontstaat om een jonger recht te vestigen⁴, ook voor het huurrecht geldt, is niet vanzelfsprekend. Waarom zou deze regel wel van toepassing zijn tussen een huurrecht en een beperkt recht⁵, maar niet tussen twee huurrechten die door de eigenaar zijn verleend? Weliswaar zal bij huur soms analogische toepassing van art. 3:298 BW mogelijk zijn, maar dit artikel ziet slechts op de verhouding tussen beide huurders en geldt bovendien alleen zolang het gehuurde nog niet ter beschikking is gesteld.

Uit de rechtspraak blijkt evenmin dat de Hoge Raad uitgaat van de prioriteitsregel, de Hoge Raad gaat bij artikel 7A:1612 BW uit van een (beperkte) wetelijke contractoverneming.⁶

Naar mijn mening vormt artikel 7A:1612 BW slechts een uitzondering op de verbintenisrechtelijke hoofdregel dat overeenkomsten alleen van kracht zijn tussen handelende partijen. Een uitzondering die we binnen het verbintenisrecht vaker tegenkomen.⁷ Ik deel dan ook de mening van Huijgen dat de prioriteitsregel juist niet geldt voor de obligatoire rechten van de huurder en pachter.⁸

In het betoog van Westrik vind ik geen enkel argument tegen mijn stelling dat voor het huidige huurrecht de prioriteitsregel niet geldt.⁹ Dit terwijl al zijn argumenten juist gebaseerd zijn op die vooronderstelde prioriteitsregel bij huur.¹⁰ Het lijkt er trouwens op dat Westrik met zijn formulering van art. 226 lid 2 de prioriteitsregel niet alleen bij huur maar binnen het hele vermogensrecht tot regel verklaart.¹¹ Als A f 200.000,- verschuldigd is aan B op grond van een onrechtmatige daad en A nadien zijn huis verhuurt aan C, is B dan een schuldeiser van de verhuurder die bij een eventuele executie executeert krachtens een aan het huurrecht anterior recht?

De prioriteitsregel lost niet alle problemen op.

Zelfs als bij huur wel van de prioriteitsregel moet worden uitgegaan, zijn daarmee niet alle problemen opgelost. In mijn artikel heb ik onder punt 6 aangegeven dat, indien men vast wil houden aan de uitbreiding van art. 7A:1612 BW, de geschetste problemen ondervangen kunnen worden door bij huur uit te gaan van een beperkt recht.

Bestempeling tot beperkt recht brengt automatisch mee dat de regel dat het oudste recht voorgaat wel op huur van toepassing is. Dat wil echter geenszins zeggen dat hierop altijd een beroep gedaan kan worden. Het BW kent immers diverse uitzonderingen op de prioriteitsregel, zie bijvoorbeeld de artikelen 3:86, 3:88, 3:24 en 3:234 lid 2 BW. Ook de artikelen 3:217¹², 5:94 en 5:104 lid 2 en 5:84 BW kunnen als een uitzondering op die regel worden gezien. Zij verlenen de vruchtgebruiker, erfpachter en opstaller de bevoegdheid om de zaak waarop het beperkte recht rust te verhuren of te verpachten dan wel om ten behoeve of ten laste van die zaak een erfdiensbaarheid te vestigen.¹³ De toekenning van deze bevoegdheden aan de beperkt gerechtigde gecombineerd met de bepa-

ling in de wet van de wijze waarop de hoofdgerechtigde de huur of erfdiensbaarheid kan beëindigen, brengen naar mijn mening mee dat de hoofdgerechtigde de ongeldigheid van de (al dan niet onbevoegd aangegane) huur of erfdiensbaarheid niet kan inroepen door een beroep te doen op zijn (oudere) eigendomsrecht. Reden waarom ik een aanpassing overeenkomstig art. 5:94 lid 2 BW heb bepleit bij overdracht van de erfpacht door de grondeigenaar wegens verschuldigde canon.¹⁴ Een aanpassing die eveneens nodig is als de door Westrik vooronderstelde prioriteitsregel wel voor het (persoonlijke) huurrecht geldt.

*Mr. M.M. Asbreuk-van Os**

3. Zie de tweede zin van lid 1 van de door hem voorgestelde tekst voor art. 7:226 onder punt 5.

4. Zie noot 2.

5. MvT Inv bij art. 3:298, PG 3, blz. 1397.

6. Zie 2.4 van mijn artikel in WPNR 6386 en A-G Franx in zijn conclusie bij Hoge Raad 25 november 1977, NJ 1978, 400: 'Volgens de rechtspraak van de HR, overzichtelijk samengevat door G. Hamaker, WPNR 5010, ligt in art. 1612 BW besloten een in de plaats treden, een opvolgen door de koper van de verkoper'.

7. Zie bijvoorbeeld art. 7:663, 8:375, 8:530, 8:801, 8:894, 8:972.

8. W.G. Huijgen in WPNR 6255 (1997) blz. 89.

9. Zie punt 2.4. van mijn artikel.

10. Zie punt 2.

11. Zie punt 5.

12. Dit artikel is van overeenkomstige toepassing op bevrachting, art. 8:798.

13. Het gaat hier *niet* om het verhuren / verpachten of het vestigen van een erfdiensbaarheid ten behoeve of ten laste van het *beperkte recht*, maar van de zaak waarop het beperkte recht rust. Het einde van het vruchtgebruik, de erfpacht en het opstalrecht hebben dan ook geen invloed op het voortbestaan van de erfdiensbaarheid en het (beperkte recht) huur of pacht, aangezien art. 3:81 lid 2 sub a niet van toepassing is.

14. Zie 3.1 en 6. van mijn artikel.

* Directeur van een opleidingsorganisatie voor de advocatuur.