

Contractuele bestemming versus het bestemmingsplan: nietige huurovereenkomst?

mr. drs. G.C.M. Schipper¹

Het lijkt een gevaarlijke eenvoud te hebben: met de regels van het bestemmingsplan in de hand kan een geslaagd beroep worden gedaan op de nietigheid van de gehele huurovereenkomst. Waardoor niet alleen de contractuele bepalingen maar ook (semi-)dwingend huurrecht buiten spel staan – er moet in dat geval immers worden gehandeld alsof de huurovereenkomst nooit heeft bestaan. Kan dat eigenlijk wel? En waarom zou nietigheid tot zo'n ingrijpend gevolg moeten leiden?

1. Inleiding

Alweer enige tijd geleden meldde zich bij ons kantoor de eigenaar van een autoschadeherstelbedrijf. Cliënt had het familiebedrijf van zijn vader overgenomen en op het eigen perceel stond naast de bedrijfshal de voormalige gezinswoning, die in het toepasselijke bestemmingsplan was aangewezen als 'bedrijfswoning'; waarom dat van belang is, zal hierna blijken. De cliënt was de woning gaan verhuren aan derden, die niets met het bedrijf van doen hadden. Na verloop van enkele jaren wilde hij de woning zelf weer gaan bewonen, in verband met zijn echtscheiding. Omdat de huurder niet instemde met de opzegging, is een procedure voor de kantonrechter gestart, gericht op ontruiming. Primair was daarbij aangevoerd dat de bestaande huurovereenkomst *nietig* was, wegens strijd met het geldende bestemmingsplan. Hoewel de juistheid van dat standpunt in de procedure namens de huurder werd betwist, bleef voor beide partijen onzeker hoe daarover door de kantonrechter geoordeeld zou gaan worden. De procedure is geëindigd met een voor de cliënt gunstige te noemen regeling. Twee andere zaken binnen ons kantoor – waaronder op het terrein van het bedrijfsruimtehuurrecht – zijn nadien op vergelijkbare wijze verlopen. Tot (eind)vonnissen is het in geen van die dossiers gekomen; wat de kantonrechters zouden hebben geoordeeld weten wij dus niet.

Een beroep op de nietigheid van een of meer bedingen in een huurovereenkomst zal de meeste huurrechtjuristen bekend voorkomen. Een beroep op nietigheid van de gehele huurovereenkomst lijkt veel minder vaak voor te komen. Voorbeelden in de huurrechtelijke jurisprudentie van een geslaagd beroep daarop zijn (erg) schaars.²

In HR 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5401, AB 2000/438 m.nt. Th.G. Drupsteen, NJ 2000/652, m.nt. J. Hijma en *Gst.* 2000-7122, 2 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens (*Parkeerexploitatie Amsterdam*) werd nietigheid van de huurovereenkomst vastgesteld nu deze

zou dwingen tot een met de Wegenwet strijdige beperking in het gebruik van de openbare weg. In het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 5 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2016:828, werd een overeenkomst tot verhuur van transformatoren voor het Nederlandse elektriciteitsnet niet in strijd geacht met art. 17 Elektricitwet en daardoor ook niet nietig. In ktr. Amsterdam 7 maart 1995, ECLI:NL:KTGAMS:1995:AK0714, WR 1995, 105, m.nt. R.A. Dozy bleek een onderhuurovereenkomst nietig omdat woonruimte in gebruik was gegeven aan een onderhuurder die niet beschikte over een huisvestingsvergunning, wat strafbaar handelen opleverde. En in HR 15 november 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AD3292, NJ 1986, 227 m.nt. W.C.L. van der Grinten speelde een huurovereenkomst tussen het Land (de Ned. Antillen) en een in zijn dienst zijnde persoon. Er was sprake van strijd met art. 29 lid 1 Comptabiliteitslandsverordening. Nietigheid van rechtswege, zo werd geoordeeld. Hoewel het dus niet vaak voorkomt, kan het een krachtig middel vormen in de 'gereedheidskist' van de huurrechtjurist, zeker als de feiten zich bevinden op het kruisingsvlak van het civiele recht en het bestuursrecht. Het is de moeite waard het nader onder de aandacht te brengen; deze bijdrage wil daartoe een aanzet geven.

In dit artikel is de aandacht vooral gericht op de vraag of strijdigheid tussen de contractuele bestemming enerzijds en de gebruiksregels van het bestemmingsplan anderzijds moet leiden tot nietigheid van de gehele huurovereenkomst. Gelet op de beperkingen in de omvang van dit artikel blijven de gevolgen van nietigheid grotendeels onbesproken.

2. Nietigheden in het huurrecht

2.1. Algemeen

Het huurrecht is niet onbekend met nietigheden. Onder het recht zoals dat gold tot 1 augustus 2003 waren de artikelen 7A:1624-1636b BW (oud) van dwingend recht, zodat ook afwijking ten voordele van de huurder in principe niet mogelijk was. Wanneer partijen toch afspraken maakten in strijd met

1. Mr. Guido Schipper is advocaat in Haarlem.

2. Meer voorbeelden zijn welkom!

de 1624-regeling waren die in beginsel nietig, al moest het effect daarvan genuanceerd worden waar het om afwijkingen ten gunste van de huurder ging.³ Op de voet van het huidige art. 7:294 BW is een opzegging door de verhuurder nietig als deze niet de opzeggingsgronden bevat. En zo is de indeplaatsstelling van art. 7:307 BW van dwingend recht, wat een contractueel verbod om een indeplaatsstelling te vorderen nietig maakt.

Voor het onderwerp van dit artikel vervult het huidige art. 3:40 BW een centrale rol. Het artikel maakt deel uit van de tweede Titel van Boek 3 BW, dat ziet op rechtshandelingen. Omdat art. 3:40 BW lastig te doorgronden kan zijn – er staat niet wat men denkt dat er staat en wat er wel staat is onvolledig⁴ – is het ter verduidelijking goed eerst in te gaan op de wetsgeschiedenis.

2.2. De ‘ongeoorloofde oorzaak’ en de openbare orde

2.2.1. De ongeoorloofde oorzaak

Het oude recht kende in de artikelen 1371 en 1373 BW (oud) de *ongeoorloofde oorzaak*, de ‘voorloper’ van de nietigheid zoals die nu in art. 3:40 BW is opgenomen. Het leerstuk van de ongeoorloofde oorzaak zag alleen op overeenkomsten; het huidige art. 3:40 BW kent een ruimer toepassingsbereik omdat het ziet op alle rechtshandelingen, waaronder dus de overeenkomst, als een (in beginsel) meerszijdige rechtshandeling. In het leerstuk van de ongeoorloofde oorzaak kon een overeenkomst door nietigheid worden getroffen, als en voor zover zij met 1) de wet, 2) de goede zeden of 3) de openbare orde in strijd kwam.⁵

De openbare orde heeft vele gezichten⁶ en de parlementaire geschiedenis van de betrokken wettelijke regelingen over de openbare orde laat zien dat het begrip telkens vraagt om een contextgebonden uitleg.⁷ In deze bijdrage wordt het begrip ‘openbare orde’ gebruikt in de bijzondere context van art. 3:40 BW, waarbij de openbare orde fungeert als begrenzing van de contractsvrijheid. Waar de openbare orde de focus heeft op de rechtsorde en het algemeen belang, zien de goede zeden meer op het maatschappelijke oordeel wat hoort of niet hoort, of de moraal.⁸

Op de relatie tussen openbare orde en goede zeden wordt hier niet nader ingegaan. Tegenwoordig bestaat vanuit praktisch oogpunt geen groot verschil in benadering; beiden verwijzen naar de in onze maatschappelijke constellatie als fundamenteel ervaren normen van het (on)geschreven recht.⁹ Hartkamp meent dat het niet gebruikelijk en zijns inziens ook niet vruchtbaar is een onderscheid te maken tussen de werkingen van strijd met de openbare orde en strijd met de goede zeden.¹⁰

Over die drie elementen – wet/goede zeden/openbare orde – legde het leerstuk van de ongeoorloofde oorzaak nog een tweede laag, namelijk de vraag wát dan precies door wet/goede zeden/openbare orde werd verboden: (a) het *sluiten* van de overeenkomst, (b) haar *inhoud* of (c) haar *strekking*. Die dubbele laag maakte dat negen (9) mogelijke paden konden leiden tot nietigheid, of zes (6) als de goede zeden en de openbare orde samen worden genomen.

Als de openbare orde en de goede zeden samen worden genomen, dan leiden de zes paden van de ongeoorloofde oorzaak tot het schema zoals dat in figuur 1 op de volgende pagina is opgenomen.

Aan het einde van elk pad in figuur 1 is bovendien het uiteindelijke gevolg geschetst. Te zien is dat niet elke strijdigheid leidt tot nietigheid en dat niet elke nietigheid leidt tot het sneuvelen van de gehele overeenkomst.

Onder het huidige recht is dat niet anders. Als een overtreden wetsbepaling bijvoorbeeld tot doel heeft slechts de belangen van één van beide partijen te beschermen, dan zal dat minder snel leiden tot het sneuvelen van de gehele overeenkomst. De Winkel-tijdenwet bevat een verbod om een winkelruimte op bepaalde tijden open te hebben, maar beoogt niet de geldigheid van de huurovereenkomst voor die winkelruimte aan te tasten. En zo is een koopovereenkomst die is gesloten na winkelsluitingstijd geldig, maar is een koop gesloten in strijd met een wettelijk prijsvoorschrift nietig.¹¹ Uit de strekking van een wettelijke bepaling kan ook voortvloeien dat alléén de door die bepaling beschermde partij zich erop kan beroepen maar ook dat de rechter dat ambtshalve móét toepassen. Het kan zo zijn, dat een wetsbepaling helemaal niet de strekking heeft de geldigheid van een overeenkomst aan te tasten. Soms blijkt dat duidelijk uit de wettekst: zo bepaalt art. 36 van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme dat de rechtsgeldigheid van privaatrechtelijke rechtshandelingen van een bancaire instelling, die is verricht in strijd met de bij of krachtens die wet gestelde regels, niet uit dien hoofde aantastbaar is. En op grond van art. 26 van de Wet voorkeursrecht gemeenten kan een gemeente de nietigheid inroepen van rechtshandelingen die

3. M.F.A. Evers, *Huurrecht bedrijfsruimten*, Deventer: Wolters Kluwer 2011/4.1.

4. S.D. Lindenbergh, ‘Leidt een bij wet verboden strekking zonder meer tot nietigheid?’, *AA* 2012/740-743.

5. Asser/Sieburgh 6-III 2018/347b.

6. H.J. Snijders, ‘Openbare orde, rechtspersonen en mensenrechten. Enige observaties naar aanleiding van de zaak Martijn’, *NJB* 2014/1174, par. 1.

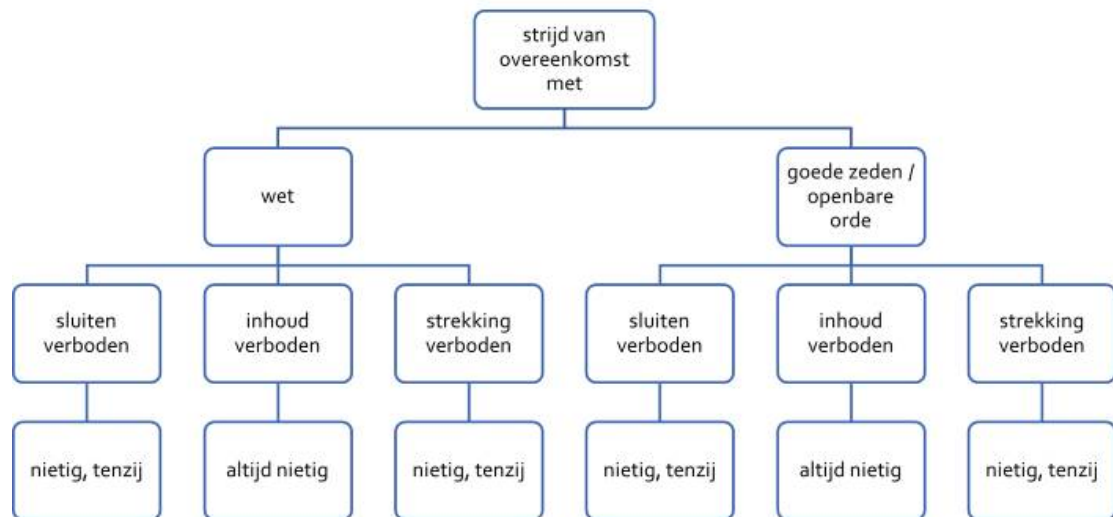
7. H.J. Snijders, ‘Openbare orde, rechtspersonen en mensenrechten. Enige observaties naar aanleiding van de zaak Martijn’, *NJB* 2014/1174, par. 1.

8. H. ten Oever & G. Veldt, ‘Openbare orde in de context van art. 3:40 lid 1 BW en de regelgeving buiten het BW’, in: W. van Boom e.a. (red.), *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof.mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat* (Snijders-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2016/24.3.

9. J. Hijma, ‘De Ongeoorloofde Oorzaak’, *WPNR* 1991/6030, p. 883.

10. A.S. Hartkamp, ‘Nietigheid en de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid’, in: S.E. Bartels e.a. (red.), *Vertrouwen in het burgerlijke recht. Liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann* (Onderneming & Recht nr. 100), Deventer: Wolters Kluwer 2017/13.0.

11. J.H. Nieuwenhuis, ‘Buena Vista’, *AA* 1985/34, p. 216.



Figuur 1 - De zes paden die bij de ongeoorloofde oorzaak kunnen leiden tot nietigheid

zijn verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan haar in deze wet geregelde voorkeurspositie. Wettelijke bepalingen kunnen achterhaald zijn: de overnameovereenkomst voor een seksclub was in 1985 weliswaar in strijd met het (inmiddels opgeheven) bordeelverbod van art. 250bis van het Wetboek van Strafrecht (oud), maar maatschappelijke ontwikkelingen (gedoogbeleid en de toen nog komende wijziging van de wet) brachten mee dat het sluiten van de overeenkomst toch niet nietig werd geacht.¹² En ook wanneer het sluiten van een overeenkomst strijdig is met de wet, maar de wet niet de strekking heeft de rechtshandeling aan te tasten, is strijdigheid met de openbare orde (of de goede zeden) denkbaar, maar het enkele feit dat de wet is overtreden is daarvoor niet voldoende.¹³

2.2.2. *Inhoud verboden? In zoverre altijd nietig*

Een overeenkomst waarvan de *inhoud* is verboden zal steeds nietig zijn voor het verboden deel¹⁴ en wel ongeacht de vraag of partijen van het bewuste verbod op de hoogte waren.¹⁵ Dat is bevestigd in HR 16 november 1984,¹⁶ waarin de Hoge Raad kortweg verklaart dat een overeenkomst voor zover die verplicht tot een verboden prestatie nietig is. Die verboden prestatie ziet op de inhoud van de overeenkomst. Die regel laat geen ruimte voor enige relativering op grond van strekking of tekst van het wettelijk verbod. Uit het gebruik van de woorden 'voor

zover' – de Hoge Raad gebruikt daarvoor ook wel de woorden 'in zoverre' – volgt dat de nietigheid een gedeelte van de overeenkomst kan betreffen. En dat de overeenkomst voor het overige in stand kan blijven. Maar dan alleen voor zover dit, gelet op de inhoud en strekking van de overeenkomst, niet in een onverbreekelijk verband met het nietige deel staat (art. 3:41 BW).¹⁷

2.3. **Vertaling van de ongeoorloofde oorzaak naar het huidige recht**

Met de inwerkingtreding van het Nieuw BW op 1 januari 1992 is de ongeoorloofde oorzaak uit het wetboek verdwenen en is het leerstuk opgenomen in art. 3:40 BW, dat sancties stelt op het conflict met de wet en de openbare orde en/of de goede zeden. De tekst van art. 3:40 BW luidt als volgt:

1. Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig.
2. Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meezijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.
3. Het vorige lid heeft geen betrekking op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmede strijdige rechtshandelingen aan te tasten.

12. HR 2 februari 1990, 13795, NJ 1991/265 (Sibelo/Lamet).

13. HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826, NJ 2000/305 (Uneto/De Vliert).

14. Zie het tweede en het vijfde pad van figuur 1.

15. HR 11 mei 1951, NJ 1952/128, m.nt. Ph.A.N. Houwing (Burgman/Avionlanda).

16. HR 16 november 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AG4903, NJ 1985/624, m.nt. C.J.H. Brunner (De Lima Maduro/Maduro). Ook bekend onder de naam *Buena Vista*.

17. Of al dan niet van een onverbreekelijk verband sprake is wordt door de Hoge Raad meestal als een feitelijke kwestie gezien, die niet in cassatie toetsbaar is. Zie HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, NJ 2014/347 (BP/Benschop c.s.).

In de literatuur is men niet onverdeeld gelukkig met het wetsartikel. Het staat bekend als één van de lelijkste eendjes van het vermogensrecht.¹⁸ Van de negen (of zes) hiervoor bedoelde paden die konden worden afgelopen, zijn er in art. 3:40 BW nog vijf overgebleven: inhoud/strekking in strijd met zeden/openbare orde (lid 1) en sluiten in strijd met de wet (leden 2 en 3).¹⁹ Materieel gezien heeft de wetgever niet bedoeld te tornen aan de gevolgen van de verschillende paden die kunnen worden afgelopen: het was en het is zo, dat een overeenkomst die verplicht tot een verboden prestatie in zoverre nietig is.

Voor beantwoording van de vraag of een huurovereenkomst door nietigheid wordt getroffen en zo ja, in hoeverre zijn grosso modo twee stappen te onderscheiden:

1. eerst moet met art. 3:40 BW in de hand worden beoordeeld óf sprake is van nietigheid en vervolgens wat de gradatie is: uit de toepassing van het artikel rolt de conclusie van 1) nietigheid, 2) vernietigbaarheid, 3) een tussenvorm tussen beide of 4) geldigheid. Dat volgt uit het 'samenspel' tussen de leden 1, 2 en 3 van dat artikel. In de literatuur over art. 3:40 BW wordt meestal begonnen met een beschrijving van het tweede lid. Als dat van toepassing is, dan is het derde lid nog relevant.²⁰ Is het tweede lid niet van toepassing, dan rest voor alle overige gevallen het bepaalde in lid 1. Omdat dit erg verwarrend kan zijn en het de leesbaarheid niet ten goede komt, is de duiding van de verschillende leden van art. 3:40 BW in deze bijdrage grotendeels – bewust – achterwege gelaten, uiteraard onder het in stand laten van de materieelrechtelijke verschillen en effecten;
2. Pas als er sprake is van nietigheid, al dan niet na vernietiging, wordt de tweede stap gezet en komt het zojuist al aangehaalde art. 3:41 BW in beeld: aan de hand daarvan wordt beoordeeld of sprake is van partiële of van algehele nietigheid. Op de vraag hoe dat uitpakt voor de huurovereenkomst wordt hierna nader ingegaan.

2.4. Het leerstuk van art. 3:40 BW toegepast op de huurovereenkomst

2.4.1. De rechtshandeling: wat en wanneer?

Een huurovereenkomst vormt een meerzijdige rechtshandeling, zodat voor de totstandkoming van een huurovereenkomst twee eenzijdig gerichte rechtshandelingen nodig zijn: het aanbod van (in beginsel) de verhuurder en de aanvaarding daarvan door (in beginsel) de huurder. Aanbod en aanvaarding moeten in overeenstemming zijn met de wil

en de verklaringen van beide partijen – zij vormen immers constitutieve elementen voor een geldige rechtshandeling (art. 3:33 BW). De met het aanbod van de verhuurder corresponderende aanvaarding door de huurder doet op grond van art. 3:37 lid 3 BW de huurovereenkomst tot stand komen – de rechtshandeling en daarmee het sluiten van de huurovereenkomst is een feit.

2.4.2. Tijdstip van de totstandkoming is bepalend

Voor het beoordelen van de vraag, of een huurovereenkomst nietig is wegens strijd met de wet, komt alléén het tijdstip in aanmerking waarop de rechtshandeling wordt verricht.²¹ Wat dus gelijk staat aan het moment van sluiten van de huurovereenkomst. De geldigheid van de rechtshandeling wordt bepaald naar datzelfde moment, waarbij beoordeling plaatsvindt aan de hand van de wettelijke bepalingen die geldig waren ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst. Dus voor zowel de beoordeling van de nietigheid als het toepasselijke recht is hetzelfde moment bepalend en dat is het tijdstip waarop de huurovereenkomst wordt gesloten. Dat brengt met zich mee, dat een overeenkomst die nietig is omdat inbreuk wordt gemaakt op een wettelijk verbod nietig blijft, ook indien het verbod daarna wordt opgeheven.²²

2.4.3. Eens nietig blijft nietig

Een overeenkomst die bij of krachtens de wet door nietigheid wordt getroffen, wordt na het vervallen van die wet niet alsnog geldig: eens nietig blijft nietig (tenzij uit het overgangsrecht van die wet anders voortvloeit).²³ Omgekeerd verliest een geldige overeenkomst niet alsnog haar geldigheid, doordat vervolgens een wet in werking treedt die die overeenkomst met een vorm van nietigheid bedreigt (tenzij dit uit het overgangsrecht voortvloeit).²⁴ Zie daarvoor ook het arrest van 14 februari 1964²⁵, waarin de Hoge Raad onder meer overweegt dat de inwerkingtreding van zo'n wet wél tot gevolg heeft dat een overeenkomst voor het vervolg niet anders dan met inachtneming van die wet mag worden uitgevoerd.

18. S.D. Lindenbergh, 'Leidt een bij wet verboden strekking zonder meer tot nietigheid?', AA 2012/10, p. 740.

19. J. Hijma, 'De Ongeoorloofde Oorzaak', WPNR 1991/6030, p. 885.

20. Art. 3:40 lid 3 BW bevat alleen een uitzondering op het tweede lid en niet op het eerste lid. Zie daarvoor ook HR 6 januari 2006, NJ 2006/301, m.nt. P.C.E. van Wijmen (Gemeente Beuningen/Blankenburg).

21. Asser/Sieburgh 6-III 2018/327.

22. HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0608, NJ 2012/628, m.nt. P.C.E. van Wijmen (Peterse/Gemeente Bunnik).

23. Zie onder andere HR 24 januari 1975, ECLI:NL:PHR:1975:AD8093, NJ 1975/448, m.nt. A.R. Bloembergen (Hoogendam/Ooms) en HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2844, NJ 2007/351, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (Ghisyan/Udink).

24. H.J. van Kooten, 'De inhoud van een rechtshandeling is in strijd met een dwingende wetsbepaling', in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, art. 3:40 BW, aant. 11.

25. HR 14 februari 1964, ECLI:NL:PHR:1964:AD8061, NJ 1965/95, m.nt. W.C.L. van der Grinten (Koorn en de Jong-/Gemeente Den Helder).

Wat betekent dat nakoming van een daarmee strijdige contractuele bepaling dus niet kan worden gevorderd. Verdere bespreking van dit punt valt buiten het bestek van dit artikel, zodat hier wordt volstaan met verwijzing naar afdeling 6.1.9 BW die in dat geval een rol kan vervullen en mogelijk het bepaalde in art. 6:258 BW.²⁶

2.4.4. De 'latente nietigheid'

Een interessante vraag is wel hoe het dan zit met een huurovereenkomst, waarbij een van de contractuele bepalingen – die van meet af aan in de overeenkomst was opgenomen²⁷ – een strijdigheid met de wet bevat, die pas op een later moment effect verkrijgt? Ik noem dat voor de duidelijkheid een 'latente nietigheid'. Ter verduidelijking het volgende fictieve voorbeeld van een huurder die een dierenspeciaalzaak wil openen.

Partijen willen een huurovereenkomst aangaan voor een bedrijfsruimte, waarin de huurder een dierenspeciaalzaak wil beginnen. Omdat het bestemmingsplan het gebruik als winkelruimte op de beoogde locatie niet toestaat, heeft de huurder bij de gemeente navraag gedaan of van het bestemmingsplan kan worden afgeweken. Binnen de door het bestemmingsplan gegeven ruimte blijkt vestiging van die dierenspeciaalzaak alleen mogelijk op grond van een tijdelijke omgevingsvergunning, die daarop door het college van burgemeester en wethouders voor de duur van vier jaar aan de huurder wordt verleend. De huurder en diens verhuurder gaan vervolgens een huurovereenkomst aan voor gebruik door de huurder van het gehuurde als winkelruimte ten behoeve van de exploitatie als dierenspeciaalzaak. De ingangsdatum van de huur is gelijk aan de datum van inwerkingtreding van de tijdelijke vergunning.

Het spanningsveld in dit voorbeeld zal duidelijk zijn. Op de voet van art. 7:292 lid 1 BW kent de huurovereenkomst – kort gezegd – een huurperiode van tenminste vijf jaar en dat is langer dan de maximumtermijn van de vergunning. Bij aanvang van het huurbedrag spoort het overeengekomen gebruik met de gebruiksmogelijkheden op grond van het publieke recht, maar direct ná het verstrijken van het vierde huurjaar wordt dat anders en ontstaat strijd tussen de contractuele bestemming en het toegestane gebruik op grond van het bestemmingsplan. Daaruit blijkt overigens ook, dat een strijdigheid niet per sé hoeft te volgen uit de tekst van de bepalingen als zodanig, maar kan voortvloeien uit de samenhang tussen – in dit geval – de contractuele bestemming en

het semi-dwingende huurrecht. Want ook als partijen geen huurtermijn in de overeenkomst opgenomen zouden hebben, dan geldt die voor de winkelruimte van rechtswege en doet die strijdigheid zich na afloop van het vierde jaar ook voor.

Brengt die van meet af aan in de overeenkomst opgenomen (of ingebakken) 'latente nietigheid' met zich mee, dat daarvoor nu al tot nietigheid wordt geconcludeerd? Ik zou menen van wel. Het van meet af aan opnemen van bepalingen in een huurovereenkomst – het vastleggen van de contractuele bestemming valt daaronder – waarvan duidelijk is dat die in strijd zijn met de wet als ze geëffectueerd worden, is redelijkerwijs gelijk te stellen aan het verplichten tot een verboden prestatie. In aanmerking nemende dat de geldigheid van de overeenkomst moet worden beoordeeld naar het moment van het sluiten daarvan, zou het daarmee niet zijn te rijmen als die latente nietigheid nu geen rol van betekenis zou mogen vervullen.

Anders gezegd: het gaat niet om de vraag of een verplichting uit de overeenkomst al opeisbaar of afdwingbaar is, maar om de vraag of de bepaling waar die verplichting in is opgenomen standhoudt.

Daarvoor kan steun worden ontleend aan HR 17 juni 2011,²⁸ waarin het ging om de geldigheid van een beding opgenomen in een door de gemeente met een aannemer gesloten koopovereenkomst van percelen grond, waarbij de aannemer was verplicht met de toekomstige kopers van de te bouwen woningen koop-/aannemingsovereenkomsten te sluiten volgens het model van het (toenmalige) Garantie Instituut Woningbouw (GIW). De GIW-eisen gingen verder dan wat geëist mocht worden op grond van het Bouwbesluit, een algemene maatregel van bestuur gebaseerd op de Woningwet met onder meer technische voorschriften voor bouwwerken. Op grond van art. 122 Woningwet mag een gemeente, voor zover onderwerpen in het Bouwbesluit zijn geregeld, in een overeenkomst geen strengere eisen stellen. De Hoge Raad oordeelde dat het draaide om de vraag of de bedongen verplichting tot het sluiten van die modelovereenkomsten nietig was en niet om de vraag of de voorgeschreven modelovereenkomst te splitsen was in een ongeldig en een geldig deel. Die verboden verplichting was van meet af aan in de koopovereenkomst opgenomen. Het GIW-model zou pas gebruikt gaan worden als met kopers van woningen een overeenkomst zou worden gesloten: daarmee een nog niet opeisbare, toekomstige verplichting. Toch stond dat niet in de weg aan het nietigheidsoordeel.

Hoe dan verder? Voordat kan worden toegekomen aan beantwoording van de vraag of het lot van de gehele huurovereenkomst is bezegeld, moet beoordeeld worden of de aldus gebleken verboden prestaties zien op *essentiële onderdelen* van de huurovereenkomst.

26. Zie het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 11 april 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ1475, NJF 2006/500 (*Essent/Van der Hulst*).

27. Ik laat hier onbesproken hoe dan omgegaan zou moeten worden met een tussentijdse aanpassing van de huurovereenkomst.

28. HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1677, NJ 2012/334, m.nt. L.C.A. Verstappen (*Van Sundert/Gemeente Breda*).

2.4.5. **Onverbrekelijk verband tussen het nietige deel en de rest?**

Als het nietige deel van de huurovereenkomst in een onverbrekelijk verband staat tot de rest van de overeenkomst, dan sneuvelt de gehele overeenkomst: het één kan niet zonder het ander bestaan. Wanneer is daarvan sprake? De Hoge Raad toetst over het algemeen objectief: als het bedingen betreft zonder welke de overeenkomst objectief gezien niet kan blijven bestaan, dan kan van partiële nietigheid van de overeenkomst in beginsel geen sprake zijn.²⁹ Als geen sprake meer kan zijn van een ‘functionerende’ huurovereenkomst, zonder het verboden deel daarvan, is in dat geval de gehele huurovereenkomst nietig. Net zo goed als dat er geen sprake kan zijn van een huurovereenkomst, als één van essentiële onderdelen van het begrip als opgenomen in art. 7:201 BW ontbreekt: er is pas sprake van huur als zowel sprake is van een ‘zaak’, als ‘gebruik’ én van ‘tegenprestatie’. Het één kan niet zonder het ander, wil er sprake zijn van een rechtsgeldige huurovereenkomst. Maar hiermee zijn we er nog steeds niet.

2.5. **Openbare orde komt te hulp bij onduidelijkheid**

Als een contractuele afspraak verboden is op grond van de wet dan is nietigheid van die afspraak de uitkomst, zo zagen wij hiervoor. Wat nu, als de bedoeling van de wetgever onduidelijk is? Heeft de met de huurovereenkomst geschonden wettelijke bepaling eigenlijk wel de bedoeling de huurovereenkomst met nietigheid te bedreigen?

In zo een situatie komt de openbare orde ons te hulp. Of de goede zeden. Want als sprake is van een inbreuk daarop, zal nietigheid in beginsel moeten volgen. Hiervoor zijn al even de voorbeelden genoemd van een koop die is gesloten in strijd met een wettelijk prijsvoorschrift en een koop die is gedaan na sluitingstijd van de winkel. De laatste is geldig, de eerste niet. Dat verschil heeft niet zozeer te maken met de bedoeling van de Prijzenwet³⁰ respectievelijk de Winkeltijdenwet³¹, als wel met het feit dat ontduiking van wettelijke prijsvoorschriften wordt gezien als een ernstiger inbreuk op de openbare (economische) orde, dan koop na sluitingstijd.³² Met het arrest van 1 juni 2012,³³ over een samenwerkingsovereenkomst met betrekking tot handel in medicijnen, lijkt de Hoge Raad met de woorden “indien een overeenkomst verplicht tot een door de wet verboden prestatie”³⁴ de begrippen inhoud en strekking

samen te pakken: het kan zijn dat de prestatie waartoe de overeenkomst verplicht (= inhoud) is verboden, maar het kan ook zijn dat de overeenkomst niet kan worden uitgevoerd zonder een verboden handeling te verrichten (= strekking).³⁵ En dan wordt in beide gevallen aangeknoopt bij de situatie van art. 3:40 BW, meer in het bijzonder het eerste lid daarvan.

Illustratief in dit verband is het arrest van de Hoge Raad van 7 april 2000.³⁶ In de procedure die tot dat arrest had geleid, speelde de verhuur door de gemeente Amsterdam aan Parkeerexploitatie van een openbaar parkeerterrein bij het Concertgebouw in Amsterdam. Het terrein zou gebruikt gaan worden voor betaald en beheerd parkeren en daartoe worden afgesloten met een slagboom. Uiteindelijk werd door de bestuursrechter geoordeeld dat dat een verboden onttrekking aan de openbaarheid zou opleveren, wat maakte dat de gemeente afzag van de onttrekking en de gemeente aan Parkeerexploitatie een aantal schadeposten vergoedde. Parkeerexploitatie vorderde aanvullend vergoeding van gederfde winst, primair op grond van wanprestatie. Maar aan die actie stond de geldigheid van de huurovereenkomst in de weg.³⁷ Er was sprake van schending van art. 14 Wegenwet. Dat artikel verzette zich niet tegen het sluiten van de huurovereenkomst, maar wel tegen dat wat met de uitvoering van de huurovereenkomst werd beoogd: namelijk afsluiting van een gedeelte van de openbare weg. Daardoor was sprake van een overeenkomst met een verboden strekking en waarbij bovendien de inhoud van de overeenkomst ook zag op een verboden prestatie: afsluiting met een slagboom zou leiden tot verboden onttrekking aan de openbaarheid. Wat maakte dat de overeengekomen prestatie nietig was. En omdat het voortbestaan van de overeenkomst zonder de verboden prestatie niet mogelijk was, was de gehele overeenkomst nietig.

Een ander voorbeeld van nietigheid van de gehele huurovereenkomst vormt de uitspraak (in kort geding) van het Hof Arnhem van 25 februari 2003.³⁸ In die procedure waren huurovereenkomsten aangegaan met de kennelijke strekking dat de economisch eigenaar zou worden geconfronteerd met verplichtingen ten aanzien van betrokken panden, die aan deze panden de waarde zouden ontnemen. Die overeenkomsten werden als nietig beoordeeld wegens strijd met de goede zeden – wat qua effect gelijk is aan strijdigheid met de openbare orde.

Bij het lezen van het voorgaande zal bij veel huurrechtjuristen de gedachte zijn opgekomen, dat het risico van strijdigheid van bepalingen uit de huurovereenkomst met de wet ook bij de huurder kan worden

29. S.A.M. de Loos-Wijker, ‘Het te beschermen belang in relatie tot de nietigheidsvorm’, in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, art. 3:41 BW, aant. 6.2.1 (online, bijgewerkt 15 september 2020).

30. *Stb.* 1961, 135.

31. *Stb.* 1996, 182.

32. J.H. Nieuwenhuis, ‘Buena Vista’, *AA* 1985/34, p. 217.

33. HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq Apotheken*).

34. HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, r.o. 4.4, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq Apotheken*).

35. S.D. Lindenbergh, ‘Leidt een bij wet verboden strekking zonder meer tot nietigheid?’, *AA* 2012/10, p. 742.

36. HR 7 april 2000, ECLI:NL:2000:AA5401, *NJ* 2000/652, m.nt. J. Hijma (*Parkeerexploitatie Amsterdam/Stadsdeel Zuid*).

37. Wanprestatie veronderstelt immers dat er nog een overeenkomst bestaat.

38. Hof Arnhem 25 februari 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AF5698, *KG* 2003/97.

gelegd, door daarover een regeling op te nemen in de tekst van de huurovereenkomst of in de algemene bepalingen. Het is echter maar de vraag of dat zinvol is, of althans het gewenste effect heeft. Immers, in het zojuist aangehaalde arrest over het parkeerterrein stond aan de vordering op grond van wanprestatie de ongeldigheid van de huurovereenkomst in de weg. Datzelfde speelt bij een contractuele risicoregeling: het kunnen doen van een (geldig) beroep daarop veronderstelt het bestaan van de huurovereenkomst op het moment waarop dat beroep wordt gedaan. Maar als de overeenkomst door nietigheid is getroffen, dan wordt die geacht nooit bestaan te hebben en is een dergelijk beroep illusoir.

Hoe verhoudt het voorgaande zich tot de situatie uit de casus van het autoschadeherstelbedrijf? Met het sluiten van de huurovereenkomst had de cliënt zich ertoe verplicht de huurder het genot van gebruik als zelfstandige woonruimte te verschaffen, gedurende de looptijd van de huurovereenkomst. Nadien bleek dat gebruik – van meet af aan – in strijd te zijn met dwingende wetsbepalingen. Meer in het bijzonder met bepalingen uit het ruimtelijk ordeningsrecht. Eenzelfde strijdigheid doet zich voor in de (fictieve) casus van de dierenpeciaalzaak: hoewel het gebruik van de winkelruimte bij aanvang van de huur was toegestaan, stond reeds bij het sluiten van de overeenkomst vast, dat bij een verder ongestoorde tenuitvoerlegging van de overeenkomst zich wél strijdigheid zou gaan voordoen.

Bij de verdere beoordeling dient het geldende bestemmingsplan betrokken te worden.

3. Bestemmingsplannen

3.1. De Wet ruimtelijke ordening

Het bestemmingsplan kent zijn basis in art. 3.1 van de Wet ruimtelijke ordening, waarin is bepaald dat een gemeente voor de gehele gemeente een of meer bestemmingsplannen vaststelt, waarbij ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening de bestemming van de in het plan begrepen grond wordt aangewezen en met het oog op die bestemming regels worden gegeven. De informatie die is vastgelegd in een bestemmingsplan moet in elektronische vorm volledig toegankelijk en raadpleegbaar zijn.³⁹ Op grond van de Wet ruimtelijke ordening en het daarop gebaseerde Besluit ruimtelijke ordening is daarbij de ‘digitale verbeelding’ bepalend, als deze tot een andere uitleg dwingt dan de papieren versie van datzelfde bestemmingsplan. Daarmee is het bestemmingsplan een digitaal juridisch authentiek document.

39. Sinds 1 januari 2010 zijn overheden vanuit de Wet ruimtelijke ordening verplicht om ruimtelijke plannen te digitaliseren en toegankelijk te maken via de Landelijke Voorziening ‘Ruimtelijkeplannen.nl’. Het Kadaster en Geonovum zijn sinds 1 mei 2010 samen verantwoordelijk voor het beheer van deze Landelijke Voorziening.

Alle bestemmingsplannen in Nederland moeten voldoen aan dezelfde standaarden⁴⁰, zodat de verbeelding die op de website van ruimtelijkeplannen.nl is te raadplegen altijd dezelfde elementen bevat. Bestemmingen hebben altijd dezelfde benaming en altijd dezelfde kleur. Zo is ‘bedrijf’ altijd paars en heeft de bestemming ‘centrum’ de kleur lichtroze. Op die manier is het altijd eenvoudig kenbaar, wat het bestemmingsplan ter plekke mogelijk maakt.

Zie voor de digitale verbeelding in het voorbeeld van de casus bovenaan de volgende pagina.

De voor ‘bedrijf’ aangewezen gronden zijn in het bestemmingsplan bestemd voor de bedrijfsactiviteiten van de cliënt. Op de verbeelding is ook te zien dat de voormalige gezinswoning van de cliënt de functieaanduiding heeft van ‘bedrijfswoning’.

Ook de planregels zijn digitaal te raadplegen en daarin is te lezen, dat ter plekke uitsluitend één bedrijfswoning is toegestaan. Uit de begrippen van het bestemmingsplan⁴¹ volgt, dat onder ‘bedrijfswoning’ moet worden verstaan “een woning in of bij een gebouw of op een terrein, die daar in gebruik is in verband met het uitvoeren van de bestemming van het gebouw of het terrein”. Het gebruik door een derde, die geen enkele band heeft met het bedrijf, is daar redelijkerwijs niet onder te scharen. Wat in de casus dus met zich brengt, dat dat gebruik op grond van het bestemmingsplan niet was toegestaan.

3.2. Wettelijk verbod

Art. 2.1 lid 1 onder c van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht bevat een algemeen verbod om gronden in strijd met een bestemmingsplan⁴² als bedoeld in de Wet ruimtelijke ordening te gebruiken. Ook het *laten* gebruiken in strijd met het bestemmingsplan valt onder dat verbod.⁴³

3.3. Karakter

Het bestemmingsplan is een van de weinige plannen dat burgers rechtstreeks bindt.⁴⁴ Deze binding is zowel preventief als repressief. Preventief in die zin dat een omgevingsvergunning voor de activiteit *bouwen* alleen kan worden verleend als deze activiteit in overeenstemming is met het bestemmingsplan. Deze toetsing vindt dus vooraf plaats. Repressieve werking heeft het bestemmingsplan ten aanzien van het daarin toegelaten *gebruik* van grond en gebouwen voor zover geen omgevingsvergunning is vereist. En hier raken het bestuursrecht en het civiele

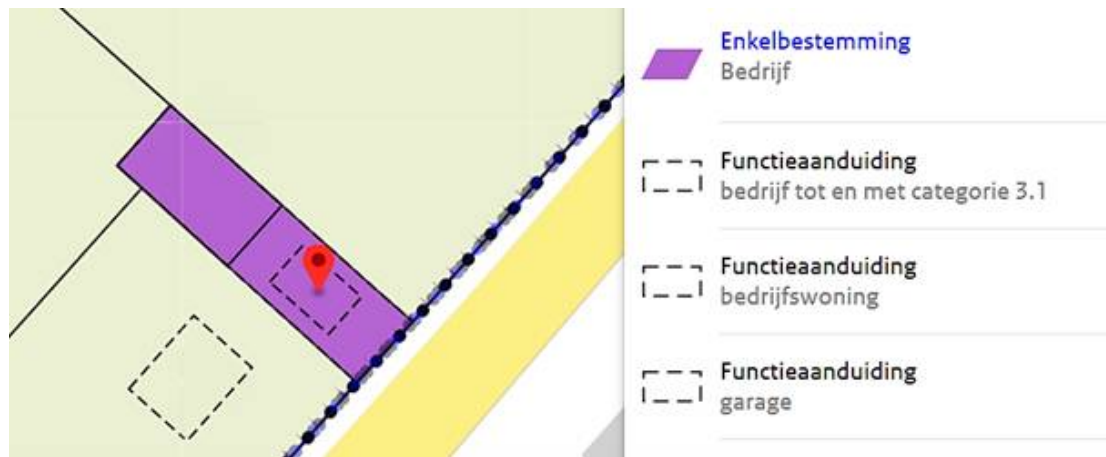
40. Zie de Regeling standaarden ruimtelijke ordening 2012 (Stcrr. 2012, 14821).

41. Meestal zijn die in het eerste artikel van het bestemmingsplan opgenomen.

42. Art. 1.1 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht definieert het begrip ‘bestemmingsplan’ als een bestemmingsplan als bedoeld in de Wet ruimtelijke ordening.

43. Zie bijvoorbeeld ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1458 (Helmond).

44. P.J.J. van Buuren e.a. (red.), *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/3.2.



Figuur 2

recht elkaar: als partijen een rechtshandeling verrichten die met een gebruiksvoorschrift van het bestemmingsplan in strijd is, dan wordt die rechtshandeling daarmee getroffen door een wettelijk verbod. Dan verplicht de huurovereenkomst uit de casus dus tot een verboden prestatie. Is dan ook altijd sprake van strijd met de openbare orde? Want, als die strijdigheid met de openbare orde zich voordoet, dan is nietigheid – van rechtswege – in zoverre het automatische gevolg, zo zagen wij hiervoor.

4. Is sprake van strijd met de openbare orde?

4.1. Niet elk verbod leidt tot nietigheid

Niet elke overeenkomst met een verboden strekking is automatisch nietig. En niet elk wettelijk verbod beoogt in te grijpen in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.⁴⁵ Als ik het goed zie, wordt dat ingrijpen nu juist wél beoogd, als het gaat om de gebruiksregels van het bestemmingsplan.

4.2. De strekking van gebruiksvoorschriften

Bij niet naleving van de gebruiksregels die in het bestemmingsplan zijn opgenomen, zijn niet alleen handhavingsmaatregelen mogelijk, maar bestaat daartoe zoals nog wordt toegelicht bovendien een *verplichting* van het bevoegde gezag.⁴⁶ Het bestemmingsplan is een besluit van algemene strekking; de aan het bestemmingsplan verbonden planregels worden aangemerkt als algemeen verbindende voorschriften.⁴⁷

4.3. De overeengekomen prestatie

Een gebruiksvoorschrift in een bestemmingsplan verbiedt niet het sluiten van een huurovereenkomst als zodanig. Het verbod wordt pas 'relevant', op het moment dat het overeengekomen gebruik niet is toegestaan op grond van het bestemmingsplan. Dus: een huurovereenkomst die de huurder verplicht tot het exploiteren van een bouwmarkt, op een perceel dat in het bestemmingsplan is aangewezen voor volumineuze detailhandel, is volkomen geldig, althans waar het gaat om het ruimtelijk toegestane gebruik. Maar als dezelfde partijen voor die locatie een huurovereenkomst zouden sluiten voor een supermarkt, terwijl het bestemmingsplan dat niet toelaat, dan zou het sluiten van een huurovereenkomst voor dat gebruik wel strijdig zijn. Relevant is dus tot welk gebruik partijen zich in de overeenkomst verplichten, of althans voor ogen hadden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.

In de meeste gevallen zal de huurovereenkomst de huurder verplichten het gehuurde in overeenstemming met de contractueel overeengekomen bestemming te gebruiken. Dat is bijvoorbeeld zo vastgelegd in art. 1.2 (en artikel 5.1 van de bijbehorende algemene bepalingen) van de door de Raad voor Onroerende Zaken (ROZ) op 30 januari 2015 vastgestelde model-huurovereenkomst voor kantoorruimte; in art. 1.3 van dat model is het de huurder niet toegestaan zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van verhuurder een andere bestemming aan het gehuurde te geven. Eenzelfde regeling kent het ROZ-model winkelruimte, in de artikelen 1.3 en 1.4 alsmede artikel 5.1 van de bijbehorende algemene bepalingen. Ook in het model van Detailhandel Nederland voor de huur van winkelruimte is (in art. 3.1) een contractuele bestemmingsregeling opgenomen en is het de huurder niet toegestaan (art. 3.2) zonder toestemming een andere bestemming aan het gehuurde te geven (behoudens zwaarwichtige redenen).

4.4. De aard van de geschonden norm

Zoals hiervoor geschetst, vormen gebruiksregels algemeen verbindende voorschriften. De wetgever

45. HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq Apotheken*).

46. In de casus het college van burgemeester en wethouders.

47. J.W. van Zundert, in: *T&C Ruimtelijk Bestuursrecht*, art. 3.1 Wro, aant. 1 (online, bijgewerkt 1 mei 2020).

heeft gemeenten ertoe verplicht die in elk bestemmingsplan op te nemen. Gelet op de aard en de strekking van die gebruiksregels, die tot doel hebben dat een ieder dat toegelaten gebruik in acht neemt, levert niet-naleving daarvan strijd op met de openbare orde.⁴⁸ Daarbij moet bovendien de sanctie in aanmerking worden genomen, die is verbonden aan schending van gebruiksregels.

4.5. Beginselplicht tot handhaving bij schending

Gelet op het algemeen belang dat is gediend met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik *moeten* maken. Dat is vaste jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State.⁴⁹ Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat. Om een concreet zicht op legalisering in verband met de vaststelling van een nieuw bestemmingsplan aan te kunnen nemen, is ten minste vereist dat bij het sluiten van de huurovereenkomst een ontwerp van een bestemmingsplan ter inzage is gelegd, waarbinnen het gebruik wel past.

Wij zagen al dat een wettelijk verbod niet altijd leidt tot nietige overeenkomsten en dat de ontwikkeling van de opvattingen en van het beleid van het bevoegde bestuursorgaan met zich kan brengen dat zo'n wettelijk voorschrift niet langer tot handhaving daarvan zou nopen.⁵⁰ Dan kan de vraag worden gesteld, of het uitmaakt als een gemeente feitelijk niet handhaaft. Dat is mijns inziens niet het geval. Gegeven de vaste jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak over de beginselplicht tot handhaving, is de verplichting tot naleving van de regels van het bestemmingsplan volstrekt geen 'dode letter', integendeel. Of een individuele gemeente niet actief handhaaft, maakt dat niet anders. Bovendien kan de vraag of wel of niet wordt gehandhaafd geen rol van betekenis spelen, nu de geldigheid van overeenkomst moet worden beoordeeld naar het tijdstip van het aangaan daarvan.

Daarbij zal géén rol van betekenis spelen, of partijen zich bewust waren of hadden kunnen zijn van de inbreuk die de huurovereenkomst op de gebruiksvoorschriften maakt. Een dergelijke vraag heeft de Hoge Raad in de uitspraak van 11 mei 2001⁵¹ niet als beslissend aanknopingspunt voor strijdigheid met de openbare orde beschouwd.

48. Zie de gelijke conclusie die in HR 7 april 2000, ECLI:NL:2000:AA5401, NJ 2000/652, m.nt. J. Hijma (*Parkeereexploitatie Amsterdam/Stadsdeel Zuid*) wordt verbonden aan de schending van de artikelen 6 en 14 van de Wegenwet.

49. Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:849, JOM 2016/272.

50. Zie HR 2 februari 1990, 13795, NJ 1991/265 (*Sibelo/Lamet*).

51. HR 11 mei 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB1555, NJ 2002/364, m.nt. J. Hijma (*OZF/AZL*).

4.6. Handhaving richt zich tot zowel de huurder als de verhuurder

Handhaving zal in de regel neerkomen op een aanschrijving van het bevoegde gezag aan zowel de verhuurder als de huurder, om een einde te maken aan het verboden gebruik, meestal op straffe van een dwangsom of de toepassing van bestuursdwang.

Waarom zou het bevoegde gezag – in de regel het college van B en W – zich ook tot de verhuurder moeten richten? Het is vaste jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak, dat onder het “gebruiken van gronden” ook valt het “laten gebruiken van gronden”.⁵² Daardoor zijn meestal zowel de huurder als de verhuurder als overtreder aan te merken: in de net in de voetnoot aangehaalde uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van 30 maart 2016 hielp de stelling van de verhuurster dat niet zijzelf, maar haar huurders aan te merken waren als overtreder, de verhuurster niet. Ook het laten gebruiken van het gehuurde werd gezien als in strijd met het bestemmingsplan. Het is vaste jurisprudentie van de Afdeling dat van een eigenaar/verhuurder mag worden gevergd dat deze zich tot op zekere hoogte informeert over het gebruik dat van het gehuurde wordt gemaakt. Het opnemen van een contractueel verbod in de huurovereenkomst is daarvoor niet voldoende. Het is aan de eigenaar/verhuurder aannemelijk te maken dat hij niet wist en niet kon weten dat het gehuurde in strijd met het wettelijk verbod werd gebruikt, wil de eigenaar/verhuurder (eventueel) niet als overtreder worden aangemerkt. Let wel: met de woorden ‘bekendheid met’ wordt in dit verband bedoeld op de vraag wie als overtreder moet worden aangemerkt en niet op de normschending als zodanig; op de strijdigheid tussen het bestemmingsplan enerzijds en het overeengekomen gebruik anderzijds heeft dat geen invloed. Hoogstens voor de kansen op succes van de gemeente bij handhaving. Daar is door de Afdeling in de uitspraak uit 2016 nog aan toegevoegd, dat geen grond bestond voor het oordeel dat verhuurster het niet in haar macht heeft om een einde te maken aan de overtreding, “*nu zij de huurovereenkomst met haar huurders kan beëindigen*.” Mijns inziens is dat laatste minder juist te noemen, nu de huurovereenkomst onder de in die casus gegeven omstandigheden gezien had dienen te worden als in strijd met de openbare orde en daardoor nietig, zodat om die reden er niets te beëindigen viel. Dat brengt mij op het laatste deel van dit artikel.

5. Slot

Toegepast op de eerste casus van de bedrijfswoning zou het voorgaande met zich brengen, dat het college van burgemeester en wethouders in beginsel over had moeten gaan tot handhaving als bekendheid met het strijdige gebruik had bestaan. Mede in dat licht is het lot van de huurovereenkomst die

52. Zie bijvoorbeeld ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1458.

de cliënt met de huurder was aangegaan beslecht: vaststaat dat die naar inhoud en strekking in strijd was met de wet. En gegeven het karakter en de aard van gebruiksvoorschriften in een bestemmingsplan – geldend voor eenieder – alsmede het algemeen belang dat bestaat bij handhaving daarvan, was eveneens sprake van strijd met de openbare orde. Voor de casus van de dierenspecialzaak zou tot dezelfde conclusie worden gekomen: hoewel het gebruik van de winkelruimte bij aanvang van de huur was toegestaan, stond reeds bij het sluiten van de overeenkomst vast, dat bij een verder ongestoorde tenuitvoerlegging van de overeenkomst zich wél strijdigheid zou gaan voordoen. En naar het beoordelingsmoment was dat in strijd met de openbare orde te achten. In beide situaties zal de nietigheid van de gehele overeenkomst dan zijn gegeven, mede in aanmerking genomen dat 1) er zonder veel twijfel een onverbreekelijk verband bestaat tussen de nietige bepalingen en de rest van de overeenkomst alsmede 2) het feit dat de overeenkomst niet uitgevoerd had kunnen worden, zonder overtreding van het wettelijke verbod.

Het gevolg van nietigheid is de fictie dat er überhaupt geen overeenkomst heeft bestaan. Dat roept de nodige vragen op, zoals de navolgende:

- als gehandeld moet worden alsof er nooit een overeenkomst heeft bestaan, zal het in strijd met een wettelijk verbod verhuren van bedrijfsruimte niet als tekortschieten kunnen worden aangemerkt?
- kan in dat geval aansluiting worden gezocht bij art. 7:225 BW (bijzondere schadevergoedingsregel ten laste van de huurder bij niet tijdige teruggave van het gehuurde)?

Deze vragen blijven in dit artikel verder onbeantwoord, al kan ik mij bij de beantwoording ervan wel het nodige voorstellen. Een centrale rol bij de beantwoording daarvan zal worden vervuld door het feit dat er geen (voorafgaande) huurovereenkomst (meer) valt aan te wijzen.⁵³ Wat weer de vervolgvraag oproept hoe dan moet worden omgegaan met de feitelijke situatie, dat 1) de huurder het gehuurde gebruikte en 2) de verhuurder daarvoor een tegenprestatie in geld ontving? Ook de beantwoording daarvan valt buiten het bestek van dit artikel. Waarbij ik tot slot toch niet wil nalaten op te merken dat in dat geval mogelijk sprake zal zijn van een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking enerzijds, die een-op-een kan worden 'weggestreept' tegen een corresponderende vordering op grond van onverschuldigde betaling anderzijds.

53. Aldus ook het Hof Den Haag in zijn arrest van 22 november 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BV3598, WR 2012/20 (*Credit Suisse/Subway*).