

# De gebrekenregeling: invloed van de planologie

## *Het huur- en pachtrecht vergeleken*

mr. M.J.H. van Baalen\*

### 1. Verhouding huurrecht / pachtrecht

Wanneer planologische regelgeving het door verpachter en pachter overeengekomen gebruik niet toestaat, kan dat kwalificeren als een gebrek aan het pachtobject. In dat geval is het niet uitgesloten dat de pachter uit hoofde van wanprestatie de overeenkomst kan ontbinden en/of schadevergoeding kan vorderen.

Omdat de wetgever ter zake van verschillende onderdelen van het pachtrecht inhoudelijk aansluiting heeft gezocht bij het huurrecht,<sup>1</sup> kan huurgerelateerde rechtspraak doorwerken in het pachtrecht. Huurgerelateerde arresten met de gebrekenregeling van art. 7:204 e.v. BW als onderwerp kunnen de uitleg van de gebrekenregeling in de pachttitel beïnvloeden (art. 7:337 e.v. BW).

Pacht is geen huur,<sup>2</sup> maar wel daarmee vergelijkbaar. Al bij de totstandkoming van de Pachtwet (Pw) in 1958 bestond het voornemen de pacht op den duur in het BW op te nemen en het voorontwerp van het BW (1972) bevatte pachtrecht dat nauw verwant was aan het huurrecht.<sup>3</sup> Bij de invoering van titel 7.5 is zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij titel 7.4.<sup>4</sup> Een gevolg hiervan is dat met name de huidige gebrekenregeling afwijkt van de gebrekenregeling zoals de Pachtwet die kende.

Voor een goed begrip van de gebrekenregeling volgt hier de tekst van art. 7:204 BW:

‘1. De verhuurder heeft met betrekking tot gebreken van de zaak de in deze afdeling omschreven verplichtingen.

2. Een gebrek is een staat of eigenschap van de zaak of een andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid, waardoor de zaak aan de huurder niet het genot kan verschaffen dat een huurder bij het aangaan van de overeenkomst mag verwachten van een goed onderhouden zaak van de soort als waarop de overeenkomst betrekking heeft.

3. Een feitelijke stoornis door derden zonder bewering van recht als bedoeld in artikel 211 en een bewering van recht zonder feitelijke stoornis zijn geen gebreken in de zin van lid 2.’

Art. 7:337 is mutatis mutandis gelijklopend.

In paragraaf 2 volgt een behandeling van recente huurarresten. De achterliggende (feitelijke) problematiek van de arresten is vergelijkbaar, maar de beoordeling daarvan verschilt omdat de bij de huurovereenkomsten betrokken partijen andere afspraken hadden gemaakt. In paragraaf 3 wordt gezien of en, zo ja, in hoeverre deze arresten relevant zijn voor het pachtrecht.

### 2. Recente huurarresten

#### 2.1 Arrest ‘Bent Sports/Grand Café du Sport’<sup>5</sup>

In de zaak Bent Sports/Grand Café du Sport oordeelt het hof dat aan het door Grand Café du Sport gehuurde object een gebrek kleefde, dat ernstig genoeg was om de door Grand Café du Sport ingeroepen ontbinding te rechtvaardigen.

Wat was er gebeurd? Bent Sports had een op een sportpark in de gemeente Zevenaar gelegen kantine/bedrijfsruimte verhuurd als ‘grand café c.q. horecabedrijf’. De huurder zou het object exploiteren conform de gemeentelijke horeca-/gebruiksvergunning. Bent Sports wist dat Grand Café du Sport in het gehuurde onder meer bedrijfsfeesten, kinderfeesten, darttoernooien en kaarttoernooien zou organiseren. Grand Café du Sport vroeg bij het college van burgemeester en wethouders (B&W) een exploitatievergunning aan. Deze werd geweigerd, omdat de Algemene Plaatselijke Verordening bepaalde dat het bestemmingsplan bij het verlenen van een dergelijke vergunning relevant is en dat het gebruik van het gehuurde ongeschikt zou moeten blijven aan de vigerende bestemming ‘Sport- en recreatiegebied’. Wellicht vond B&W dat Grand Café du Sport haar activiteiten beter in een horecagelegenheid met een ‘volwaardige’ horecabestemming kon uitoefenen dan in een op een sportpark gelegen kantine.

Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis<sup>6</sup> overweegt het hof dat ook een gebruiksbeperkend wettelijk voorschrift een gebrek in de zin van art. 7:204 BW kan opleveren. Omdat het gehuurde aan de huurder niet het genot kon verschaffen dat op grond van de overeenkomst mocht worden verwacht, schoot de verhuurder tekort in zijn verplichtingen. Dat B&W (nog) niet had besloten tot handhaving van het bestemmingsplan en (nog) niet tegen het illegale gebruik had opgetreden is volgens het hof niet van belang. Het

\* Richard van Baalen is advocaat bij A&S Advocaten te Wageningen.

1. Titel 7.5 resp. 7.4 Burgerlijk Wetboek.

2. Art. 7:201 lid 3 BW.

3. G.M. Kerpestein vraagt zich overigens af of het ‘nieuwe’ huurrecht als verbetering moet worden beschouwd, naar aanleiding van de overweging van de wetgever dat ook de pachtovereenkomst van de vernieuwing kan profiteren, *Agr.r.* 2008, nr. 3: ‘Een kijkje over de schutting - Het nieuwe pachtrecht vergeleken met het huurrecht bedrijfsruimte’.

4. O.m. G.M.F. Snijders, *WPNR* 2006/6663, p. 315.

5. Hof Arnhem 4 september 2012, *LJN* BX6413, *WR* 2013/14 m.nt. J.A. van Strijen.

6. *Kamerstukken* 26 089, nr. 3.

hof oordeelt dat van de huurder niet mag worden verwacht te handelen in strijd met publiekrechtelijke voorschriften door het overeengekomen gebruik voort te zetten.<sup>7</sup> Grand Café du Sport heeft de huur gerechtvaardigd kunnen ontbinden, Bent Sports is gehouden geleden schade te vergoeden.

## 2.2 Arrest 'Verbo'

In de zaak Verbo<sup>8</sup> deed zich een soortgelijk geval voor. Verbo verhuurde een bedrijfsruimte en wist dat de huurder deze zou gaan gebruiken als een 'artiesten boekings- en bemiddelingsbureau alsmede een muziekstudio annex oefenruimte'. Verbo had de huurder meegedeeld dat ten aanzien van het huurobject maatregelen getroffen zouden moeten worden om eventuele geluidsoverlast tegen te gaan.

Na ontvangst van verschillende klachten sommeerde de politie de huurder de geluidsoverlast te beëindigen. Daarna liet de gemeente aan de huurder weten dat het gebruik van het object niet conform het bestemmingsplan was. De gemeente bleek niet bereid een ontheffing van het bestemmingsplan te verlenen.

Deze zaak pakt heel anders uit dan het hierboven aangehaalde arrest 'Bent Sports'. Bepalend daarbij is dat Verbo met de huurder overeengekomen was dat het gehuurde uitsluitend conform het bestemmingsplan mocht worden gebruikt. Daarnaast waren de 'Algemene Bepalingen Huurovereenkomst Kantoorruimte'<sup>9</sup> (bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230a BW) op de overeenkomst van toepassing verklaard. Art. 6.7 hiervan bepaalde -samengevat en voor zover hier relevant- dat de huurder het bestemmingsplan moet inzien en indien nodig zelf voor ontheffingen en vergunningen moet zorgen. Het hof oordeelt dat de huurder zodoende heeft aanvaard dat een 'tegenvaller' voor zijn risico zou zijn. Dat partijen de planologische situatie niet uitdrukkelijk hadden besproken acht het hof niet bepalend. Wel laat het hof meewegen dat Verbo haar huurder van tevoren had gewezen op mogelijke complicaties aangaande geluidsnormen, wat (volgens het hof) voor de huurder aanleiding had moeten zijn daaromtrent navraag te doen, 'waarbij het bestemmingsplan zonder twijfel snel aan de orde zou zijn gekomen'. De huurder had dan een voorbehoud kunnen maken of van de overeenkomst kunnen afzien. Volgens het hof geldt ook voor onervaren huurders van bedrijfsruimte dat zij zich er zelfstandig van moeten vergewissen of zij over de benodigde vergunningen/ontheffingen beschikken.<sup>10</sup> Het hof oordeelt dat Verbo geen verwijt treft ter zake van het niet inwinnen van informatie of het doen van onderzoek naar de vraag of de door de huurder voorgenomen activiteiten binnen het bestemmingsplan pasten.<sup>11</sup>

## 2.3 Regelend recht

De gebrekenregeling is van regelend recht, zodat partijen daarvan mogen afwijken.<sup>12</sup> De omstandigheden van het geval zijn zeer bepalend voor beantwoording van de vraag bij wie het risico ligt. Partijen kunnen onderling bepalen wie het risico van met planologische regelgeving strijdig gebruik draagt.

Afgaande op 's Hofs overweging in 'Verbo' dat ook voor onervaren huurders van bedrijfsruimte geldt dat zij zich er zelfstandig van moeten vergewissen of zij over de benodigde vergunningen/ontheffingen beschikken zou men tot een andere conclusie kunnen komen. Deze overweging staat echter niet op zichzelf. Het hof hecht er waarde aan dat partijen de verantwoordelijkheid voor het voldoen aan gemeentelijke eisen en het initiatief voor eventueel onder-

zoek daarnaar nadrukkelijk bij de huurder hadden gelegd, dat de huurder daarbij een voorbehoud had kunnen maken. De huurder had het contract 10 dagen onder zich gehouden alvorens het te ondertekenen. Ook kent het hof betekenis toe aan het feit dat een medewerker van Verbo niet wist van de strijd met het bestemmingsplan. Wellicht is de door het hof genoemde vergewisplicht van de huurder bedoeld als ontkrachting van de standpunten van de huurder dat Verbo er rekening mee had moeten houden dat hij (de huurder) geen professionele huurder was en dat een verhuurder een verplichting zou hebben om de huurder tegen beginnersfouten in hun bedrijfsvoering te beschermen. Mijns inziens heeft het hof niet bedoeld dat (bij huur van bedrijfsruimte) het risico van strijd met het bestemmingsplan per definitie bij de huurder ligt als partijen die problematiek niet hebben besproken. Een andere conclusie zou overigens voor een deel niet stroken met 'Bent Sports' en het hierna te behandelen arrest.<sup>13</sup> Bij behandeling van dit soort kwesties zal aandacht moeten worden geschonken aan de vraag of het overeengekomen gebruik legaal is.

In het arrest 'Nieuwenburg/Kopal'<sup>14</sup> betrof het een ruimte die als showroom was verhuurd, terwijl het bestemmingsplan zodanig gebruik niet toestond. Het (oude) ROZ-model 'winkelruimte' was van toepassing, dat bepaalde dat de huurder verantwoordelijk was voor vereiste ontheffingen/vergunningen en een onderzoeksplicht had. Het hof oordeelde dat de verhuurder op deze bepalingen geen beroep kon doen, omdat dit tot het onaanvaardbare resultaat zou leiden dat hij zich eenzijdig en zonder nadeel zou kunnen onttrekken aan zijn 'hoofdverplichting' (het verhuren van een showroom).<sup>15</sup> Als de betrokken partijen besproken zouden hebben dat het voorgenomen gebruik van overheidswege wellicht niet zou zijn toegestaan (zoals in 'Verbo', waar de huurder was gewezen op mogelijke complicaties aangaande geluidsnormen), was het arrest wellicht anders uitgevallen.

## 3. Toepasbaarheid op het pachtrecht

Deze jurisprudentie is met inwerkingtreding van titel 7.5 ook toepasbaar op pachtovereenkomsten. Te denken valt bijvoorbeeld aan een pachtovereenkomst die betrekking heeft op een perceel tuinland. Als het ter plaatse geldende bestemmingsplan onder de bestemming 'Agrarisch' functieaanduidingen<sup>16</sup> kent, maar aan het perceel slechts de agrarische be-

7. R.o. 4.5

8. Hof Arnhem, nevenzittingsplaats Leeuwarden 9 oktober 2012, *LJN BX9741*, *WR* 2013/15.

9. Waarschijnlijk het ROZ-model, te downloaden via [www.roz.nl](http://www.roz.nl).

10. R.o. 6.2.

11. R.o. 6.3.

12. Bijvoorbeeld: het ROZ-model 'kantoorruimte' legt risico dat uit overheidsvoorschriften voortvloeit bij de huurder. Het oude ROZ-model 'winkelruimte' deed dat ook, het nieuwe (beschikbaar per oktober 2012) doet dat niet.

13. Van Strijen concludeert in *WR* 2013/14 dat 'Verbo' illustreert dat op dit punt in de jurisprudentie nog geen vaste lijn te ontdekken is

14. Hof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem (in spoedappel geweest), 25 oktober 2011, *LJN BU4956*, *WR* 2012/123.

15. R.o. 5.8.

16. Bijvoorbeeld bometeelt of sierteelt.

stemming toekent (dus zonder een functieaanduiding) is het niet denkbeeldig dat B&W handhavend zal optreden als de pachter het perceel (geheel conform de overeenkomst) gebruikt voor de bollenteelt.

Een ander voorbeeld is het pachten van een koude kas die is opgericht in strijd met het bestemmingsplan. Mede gezien het door provincies en gemeenten met betrekking tot kassencomplexen gevoerde concentratiebeleid is het niet ondenkbaar dat dan een handhavingsprocedure zal worden gestart. Of denk aan het door de gemeente Nijmegen uitgevaardigde verbod op het verbouwen van genetisch gemodificeerde gewassen.<sup>17</sup> Bij een dergelijk gemeentelijk 'speerpunt' valt te verwachten dat tegen illegaal gebruik handhavend zal worden opgetreden.

De gebrekenregeling in de Pachtwet zag er anders uit. Eerst volgt hier een behandeling van de gebrekenregeling zoals die gold ten tijde van de Pachtwet, vervolgens wordt ingegaan op de relevantie van de huurarresten voor het huidige pachtrecht.

### 3.1 Art. 24 Pw

De gebrekenregeling van art. 24 lid 1 Pw (oud) luidde:

'De verpachter moet instaan voor alle gebreken van het verpachte, welke de pachter niet kon kennen en welke deze in het genot daarvan belemmeren.'

Blijkens het arrest Gordijn-Ploegmakers/Van Eerd-Zegers<sup>18</sup> kwalificeerde een beperking in de gebruiksmogelijkheden die voortvloeide uit publiekrechtelijke regelgeving niet als een gebrek in de zin van dit artikel. In die zaak betrof het verpachte varkensstallen die op basis van de Hinderwet vergunningplichtig waren. Die vergunning was niet verleend, maar omdat dit het gebruik van de stallen zelf niet belemmerde oordeelde de pachtkamer dat art. 24 niet van toepassing was.<sup>19</sup> Met andere woorden: volgens het hof betekende een beperking anders dan een beperking van de stoffelijke toestand in het licht van art. 24 Pw geen gebrek.

Art. 24 lid 2 Pw bepaalde dat de pachter, wanneer het gepachte een gebrek bevatte, verlaging van de pacht prijs kon vorderen of de pacht buitengerechtigd kon ontbinden.<sup>20</sup> Lid 3 bevatte voor deze acties een verjaringstermijn van 6 maanden na het moment waarop de pachter het gebrek had kunnen ontdekken. Deze verjaringstermijn vindt men niet terug in titel 7.5 omdat de wetgever deze wegens het moeilijk te bepalen aanvangsmoment onwenselijk achtte. Ook strookte een dergelijke bepaling niet met het huurrecht.<sup>21</sup>

### 3.2 Huidig pachtrecht

#### 3.2.1 Art. 7:337 BW

Het toepassingsbereik van art. 7:337 BW is ruimer dan dat van art. 24 Pw (oud). In de Memorie van Toelichting wordt overwogen dat er sprake is van een gebrek als het gepachte aan de pachter niet het genot verstrekt dat hij bij het aangaan van de overeenkomst mocht verwachten.<sup>22</sup> Gebreken kunnen dan ook immaterieel/niet-stoffelijk van aard zijn. De verpachter en derden mogen het genot van de pachter niet verstoren.<sup>23</sup> Wanneer bijvoorbeeld een derde een hem toekomend recht uitoefent dat de pachter bij het aangaan van de overeenkomst niet kende en ook niet behoefde te kennen, kleeft er een gebrek aan het gepachte. Volgens de wetgever bestaat er geen verschil tussen genotverschaffing, onderhoud, herstel van gebreken en noodzakelijke reparaties

omdat deze dingen in de praktijk niet van elkaar te scheiden zouden zijn.<sup>24</sup>

In vergelijkbare zin bepalen in titel 7.1 BW (koop) art. 7:15 lid 1 BW dat de verkoper het verkochte moet overdragen 'vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen, met uitzondering van die welke de koper uitdrukkelijk heeft aanvaard' en art. 7:17 lid 1 BW dat '(...) De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien'. Bestemmingsplanproblematiek wordt als potentieel rechtsgebrek (een 'last of beperking') beheerst door art. 7:15 BW.<sup>25</sup> Onder welke omstandigheden er sprake is van een bijzondere last, valt niet in zijn algemeenheid te zeggen.<sup>26</sup> Discussies hieromtrent worden geplaatst in de sleutel van de mededelingsplicht van de verkoper en de onderzoeksplicht van de koper. Hiertussen bevindt zich een grijs gebied, waarin de omstandigheden van het geval van groot belang zijn. Een van de relevante aspecten is de professionaliteit van partijen en de vraag of zij door een deskundige werden bijgestaan.<sup>27</sup>

Terug naar het pachtrecht. Ook de pachter heeft een onderzoeksplicht. Daartegenover staat een spreekplicht van de verpachter. De grens tussen deze verplichtingen wordt bepaald door de redelijkheid en billijkheid.<sup>28</sup> Art. 7:337 BW, dat ex art. 68a Overgangswet NBW onmiddellijke werking toekomt, bepaalt dat naar huidig recht onder een gebrek niet alleen valt te verstaan een staat of eigenschap van de verpachte zaak, maar ook 'een andere niet aan de pachter toe te rekenen omstandigheid'. Deze aanvulling is overgenomen uit het huurrecht. In de hiervoor behandelde huurarresten kan (behoudens cassatie) een onderbouwing worden gevonden van de opmerking van Heisterkamp bij art. 3:337 BW<sup>29</sup>

17. Zie artikelen 3.1 en 4.1 van het bestemmingsplan 'Ooyse Schependom', welke artikelen de teelt en toepassing van genetisch gemodificeerde gewassen niet toestaan (www.ruimtelijkeplannen.nl).
18. Pachtkamer hof Arnhem 13 april 1999, *Agr.r.* 2000, 5042.
19. R.o. 2.13. Vgl. Asser/Snijders nr. 119.
20. Thans art. 7:340 BW (pachtprijs) en 7:343 BW (buitengerechtigde ontbinding).
21. Memorie van Toelichting, kamerstukken 30 448, nr. 3, p. 10 of bijv. de publicatie 'Parlementaire geschiedenis vaststelling en invoering van titel 7.5 (pacht) van het Burgerlijk Wetboek', samengesteld door J.G. Bongers en W.L. Valk, www.iar.nl/download/Parlementaire\_geschiedenis\_pacht.pdf.
22. Kamerstukken 30 448, nr. 3, p. 19.
23. Asser/Snijders, nr. 120.
24. *Kamerstukken* 30 448, nr. 3, p. 19.
25. Rechtbank Groningen, 28 december 2011, 116398 10-158, r.o. 4.3.1.
26. Zie de noot (sub 3) van W.M. Kleijn bij HR 27 februari 2004, *NJ* 2004, 635 (Bos/Smeenk), waarin is uitgemaakt dat ruilverkavelingslasten een bijzondere last in de zin van art. 7:15 BW zijn nu deze niet op alle (agrarische) percelen rusten.
27. Zie bijv. W. Bijloo en A. Buth in 'Non-conformiteit bij onroerende zaken', *Agr.r.* oktober 2012 p. 289 e.v.
28. Asser/Snijders, nr. 119.
29. A.H.T. Heisterkamp, *T&C Pachtrecht*, 2011, art. 7:337 aant. 3.



dat het begrip 'gebrek' niet alleen betrekking heeft op de stoffelijke toestand van de zaak. De omstandigheid dat het gepachte een planologische bestemming heeft die het overeengekomen gebruik niet toestaat, kan kwalificeren als een gebrek.

Wanneer de pachtkamer een concrete situatie met betrekking tot deze problematiek voorgelegd krijgt zullen de feiten en omstandigheden, bezien in samenhang met de eisen van redelijkheid en billijkheid van groot belang zijn bij beantwoording van de vraag hoe de mededelingsplicht van de verpachter en de onderzoeksplicht van de pachter zich tot elkaar verhouden. Waarschijnlijk zal de nodige aandacht worden besteed aan de hoedanigheid van partijen. Het zal voor de omvang van de onderzoeksplicht van de pachter (zijnde een agrarisch ondernemer, zie ook paragraaf 3.2.4) niet om het even zijn of hij bijvoorbeeld met een niet-beroepsmatige verpachter dan wel met een professionele verpachter te maken heeft. Ook kan van belang zijn of partijen bij het tot stand komen van de overeenkomst werden bijgestaan door een deskundige.<sup>30</sup>

### 3.2.2 Ontbinding, herstel van gebreken, schadevergoeding

De verpachter is in beginsel verplicht om eventuele gebreken op verlangen van de pachter te verhelpen. In beginsel, want dit geldt bijvoorbeeld niet als het kleine gebreken betreft, als herstel onmogelijk is, wanneer herstel uitgaven vergt die in de gegeven omstandigheden niet redelijk zijn, of wanneer partijen anderszins zijn overeengekomen. Indien de verpachter nalaat het gebrek herstellen terwijl hij wel een plicht tot herstel heeft, kan de pachter het gebrek zelf herstellen en de (redelijk gemaakte) kosten bij de verpachter in rekening brengen (art. 7:339 BW).<sup>31</sup>

Naar mijn mening is strijd met het bestemmingsplan niet snel een klein gebrek, maar (in potentie) een van de grootste voorstelbare gebreken. Immers, als gevolg van een succesvolle handhavingsactie zal de pachter het illegale gebruik moeten staken.

De verpachter en de pachter kunnen pogen de strijd met de planologie op te heffen door het bevoegd gezag te verzoeken het gebruik te legaliseren (bijvoorbeeld middels een bestemmingsplanwijziging of het verlenen van een omgevingsvergunning ex art. 2.12 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht). Het bevoegd gezag heeft op dit punt echter een ruime discretionaire bevoegdheid en het is niet altijd mogelijk illegaal gebruik te legaliseren. In beginsel kan geen van de bij de pacht betrokken partijen een wijziging van het bestemmingsplan afdwingen. Als de verpachter (alsnog, bijvoorbeeld na door de pachter in gebreke te zijn gesteld) wil nakomen door te presteren zoals van hem mag worden verwacht, is het niet uitgesloten dat hij daartoe niet in staat is. Als het bevoegde gezag wel medewerking verleent is de verpachter in beginsel verplicht eventueel daaraan verbonden kosten te dragen.

In lijn met voornoemde jurisprudentie kan van de pachter in beginsel niet worden verlangd te handelen in strijd met de bestemming. Wanneer strijd met planologische regelgeving een gebrek is kan de pachter naar mijn mening ontbinding van de pacht vorderen, ook wanneer er geen handhaving dreigt. De pachter is dan niet verplicht eerst te pogen het gebrek te (laten) herstellen. Uit art. 7:343 BW vloeit voort dat de verpachter en de pachter onder omstandigheden de pacht (buitengerechtelijk) kunnen ontbinden.<sup>32</sup> Het valt overigens

niet uit te sluiten dat zo'n ontbindingsactie niet slaagt wanneer de partij die de ontbinding inroept bij het aangaan van de overeenkomst wist van (de complicaties voortvloeiende uit) de strijd met het bestemmingsplan. Het is dan immers nog maar de vraag of het pachtobject een gebrek kent en (zo ja) of dit gebrek het genot dat de pachter mocht verwachten onmogelijk maakt.

De verpachter is onder omstandigheden verplicht de door de pachter wegens een gebrek geleden schade te vergoeden. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de verpachter op de hoogte was (of had moeten zijn) van strijd met de planologische bestemming, of wanneer hij de pachter tegen weten in heeft meegedeeld dat derden het gebruik van het gepachte niet zouden kunnen belemmeren (art. 7:341 BW). Het valt niet uit te sluiten dat een rechter in dergelijke gevallen oordeelt dat de verpachter verplicht was onderzoek te doen naar de toelaatbaarheid van het voorgenomen gebruik en de pachter daarover te informeren, al was het maar omdat bij de verpachter enige bekendheid met het pachtobject mag worden verondersteld. Echter, wanneer de pachter redenen zou (moeten) hebben gehad om te twifelen aan de legaliteit van het voorgenomen gebruik en/of mededelingen van de verpachter daaromtrent, maar desondanks geen nader onderzoek heeft ingesteld, is het nog maar de vraag of aan het pachtobject een gebrek kleeft en zo ja of de verpachter eventuele schade zou moeten vergoeden.

Stel, de verpachter weet dat het overeengekomen gebruik illegaal is maar informeert de pachter niet. Vervolgens treedt het bevoegd gezag handhavend op tegen het illegale gebruik. Het gevolg is dat de pachter het perceel niet meer conform de pachtovereenkomst kan gebruiken, waardoor hij schade kan lijden. Er zou over getwist kunnen worden op art. 7:341 BW in die situatie toegepast kan worden. Het artikel ziet immers op schade die door het gebrek wordt veroorzaakt,<sup>33</sup> terwijl de door de pachter geleden schade een uitvloeisel is van de handhavingsactie.

Als voorbeeld van schade die op basis van art. 7:341 BW vergoed moet worden noemt Heisterkamp schade aan bedrijfsvoorraden door een lekkend dak.<sup>34</sup> Uiteraard veroorzaakt dit (stoffelijke) gebrek uit zichzelf nog geen waterschade, daarvoor is (bijvoorbeeld) een regenbui nodig. Ook als strijd met het bestemmingsplan wordt geconstateerd -en aangenomen dat dit een (immaterieel) gebrek is- vloeit uit dit gebrek niet per definitie schade voort. Een succesvolle handhavingsactie kan dan wel tot schade leiden. Het is niet uitgesloten dat een rechter oordeelt dat deze schade niet op grond van art. 7:341 BW op de verpachter verhaald kan worden. Mogelijk bieden meer algemene schadebepalingen als art. 6:74 en 6:75 BW een aanknopingspunt om door de

30. Uit de behandelde huurarristen blijkt de verschil in het feitencomplex tot geheel andere conclusies kan leiden: in 'Verbo' werd bij de huurder een vergewisplicht aanwezig geacht, terwijl de bedrijfsmatige huurders in 'Bent Sports' (waar het risico niet bij de huurder was gelegd) en 'Nieuwenburg/Kopal' (waar de huurder volgens de algemene voorwaarden verantwoordelijk was voor de vergunningen) niet het risico van strijd met de planologie droegen.

31. Zie art. 7:206 BW voor de huurrechtelijke pendant.

32. Vergelijk art. 7:210 BW.

33. Zie ook *Kamerstukken* 30 448, nr. 3, p. 19.

34. A.H.T. Heisterkamp, *T&C Pachtrecht*, 2011, art. 7:341 aant. 2.

pachter geleden schade op grond van een tekortkoming van de verpachter aan laatstgenoemde toe te rekenen.

### 3.2.3 Verleggen van het risico

Aangenomen mag worden dat van art. 7:337 BW kan worden afgeweken in die zin dat partijen overeenkomen dat eventuele strijd met planologische regelgeving niet zal kwalificeren als een gebrek. Dit kan worden afgeleid uit art. 7:399 BW, dat art. 7:337 BW niet noemt als een bepaling met een dwingendrechtelijk karakter.

De wetgever merkt hierover op dat ook door uitleg van de overeenkomst (aan de hand van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, art. 6:248 BW) kan worden bepaald welke gebreken als 'gebrek' in de zin van art. 7:337 BW gelden.<sup>35</sup>

Het kan voor de verpachter verkeerd aflopen als het hier bedoelde risico middels algemene voorwaarden bij de pachter wordt gelegd. Dit kan het geval zijn wanneer laatstgenoemde daarop niet bedacht hoefde te zijn (bijvoorbeeld vanwege het bijzondere deel van de overeenkomst of communicatie met de verpachter). De mogelijkheid bestaat dan dat de rechter bepaalt dat de verpachter het risico draagt (zie bijvoorbeeld Nieuwenburg/Kopal, waar de verhuurder geen beroep toekwam op de algemene voorwaarden waarin het risico bij de huurder was gelegd).

Overigens geldt in het pachtrecht, net als in het huurrecht en andere rechtsgebieden, dat bepalingen in algemene voorwaarden (al of niet buitengerechtelijk) vernietigbaar zijn wanneer deze voor de wederpartij (meestal de pachter of de huurder) onredelijk bezwarend zijn.<sup>36</sup> Art. 6:233 sub a BW noemt daarvoor als een van de relevante omstandigheden 'de overige inhoud van de overeenkomst'.<sup>37</sup> Het is niet uitgesloten dat een door de pachter ingestelde vordering tot vernietiging van een in algemene voorwaarden opgenomen beding dat het hier bedoelde risico bij de pachter legt wordt toegewezen, omdat het (in die situatie) aangemerkt moet worden als een onredelijk bezwarend beding in de zin van art. 6:233 BW.

Een beding tot verlegging van dit risico dat niet in algemene voorwaarden, maar bijvoorbeeld in de overeenkomst is opgenomen is ook niet per definitie 'safe'. Het is niet uitgesloten dat die bepaling de rechterlijke toets niet zal doorstaan omdat de bepaling op onaanvaardbare wijze afbreuk doet aan de hoofdverplichting van de verpachter.<sup>38</sup>

### 3.2.4 Goedkeuring door de grondkamer

De wetgever heeft partijen aldus (geheel in lijn met het huurrecht) de mogelijkheid gelaten om een eigen invulling te geven aan het begrip 'gebrek'. De pachter kan zich jegens de verpachter verplichten te handelen in strijd met het bestemmingsplan en het bijbehorende handhavingsrisico te accepteren.

Deze pachtovereenkomst behoeft goedkeuring van de grondkamer.<sup>39</sup> Bij de beantwoording van de vraag of de bepaling waarbij het hier bedoelde risico bij de pachter is gelegd een buitensporige pachtverplichting in de zin van art. 7:319 lid 1 sub b BW is, zou de grondkamer kunnen betrekken de vraag in hoeverre de pachter zich bewust is van dat risico en de gevolgen die daaruit voort kunnen vloeien. Het begrip 'buitensporige verplichtingen' moet beperkt worden opgevat. Alleen 'waarlijk excessieve verplichtingen' komen niet voor goedkeuring in aanmerking.<sup>40</sup> Indien de pachter (een ondernemer die bedrijfsmatig landbouwactiviteiten

ontplooit) de strijd met het planologisch regime en een daaruit voortvloeiend handhavingsrisico voor lief neemt ligt het minder voor de hand dat de grondkamer zijn goedkeuring onthoudt dan wanneer de pachter niet wist van de strijdigheid met planologische regelgeving en/of het handhavingsrisico. Let wel: goedkeuring is een administratieve handeling en staat een afzonderlijke toets door de pachtrechter niet in de weg.

### 3.2.5 Pachtprijs

Een en ander sluit niet uit dat, wanneer de pacht daadwerkelijk strijdig is met het planologisch regime, dit consequenties kan hebben voor de pachtprijs. Bij geliberaliseerde overeenkomsten kunnen partijen dit zelf bepalen, bij reguliere overeenkomsten kan de grondkamer dit element betrekken in de prijstoets. De grondkamer zou het door de pachter aanvaarde risico kunnen beschouwen als een bijkomstige pachtverplichting die gezien de 'communicerende vaten' de hoogte van de pachtprijs drukt.<sup>41</sup> Het is echter niet onaannemelijk dat een pachter in het kader van zijn bedrijfsvoering bewust risico's neemt door te betalen voor bedrijfsruimte (een pachtobject) terwijl het overeengekomen gebruik daarvan illegaal is. Een pachter kan hiertoe bijvoorbeeld besluiten wanneer bekend is dat de gemeente waarin het object zich bevindt slechts in uiterste gevallen handhavend optreedt en/of de pachter niet verwacht dat derden bij de gemeente om handhaving zullen verzoeken. Het is in die situaties nog maar de vraag of de pachter dan aanvullende bescherming of prijsvoordelen zou moeten genieten.

## 4. Slot

Om problemen te voorkomen is het zowel de verpachter als de pachter aan te bevelen om te onderzoeken of het (voorzien) gebruik overeenstemt met planologische regelgeving. Bij gebruik in strijd met het bestemmingsplan was het altijd al mogelijk dat de gemeente een handhavingsactie zou starten. Het verruimde begrip 'gebrek' kan resulteren in complicaties tussen pachter en verpachter. Wanneer het ontstaan van problemen niet uitgesloten kan worden kunnen partijen overeenkomen dat de pachter dit risico accepteert. Het is dan aanbevelenswaardig dat schriftelijk en zo concreet mogelijk wordt vastgelegd welk risico de pachter aanvaardt, bij voorkeur niet in algemene voorwaarden.

35. *Kamerstukken* 30 448, nr. 3, p. 19.

36. *Kamerstukken* 30 448, nr. 3, p. 11.

37. Vergelijkbaar met 'de verdere inhoud van de overeenkomst', art. 7:319 lid 1 sub b BW.

38. Art. 6:248 BW, zie ook het behandelde arrest Nieuwenburg/Kopal.

39. Uitzonderingen daargelaten, bijvoorbeeld wanneer de overeenkomst hectare- of teelpacht behelst.

40. W.L. Valk, *T&C Pachtrecht*, 2011, art. 7:319 BW aant. 2c.

41. Zie ook W.L. Valk, *T&C Pachtrecht*, 2011, art. 7:319 BW aant. 2b.