

De toepassing van de goedkeuringsgronden bij afwijkende bedingen

mr. A. de Fouw, mr. K. Keij en mr. A. Sinnige*

1. Inleiding

Een huurder van 290-bedrijfsruimte wordt vergaande bescherming geboden door afdeling 6 van titel 4 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: afdeling 7.4.6). In art. 7:291 lid 1 BW is bepaald dat van de bepalingen van afdeling 7.4.6 niet ten nadele van de huurder kan worden afgeweken.¹ De bepalingen van afdeling 7.4.6 zijn derhalve van semi-dwingend recht, met uitzondering van art. 7:307 BW welk artikel, op grond van art. 7:291 lid 2 BW, van dwingend recht is. Indien desalniettemin ten nadele van de huurder is afgeweken van de bepalingen van afdeling 7.4.6, is een dergelijke bepaling vernietigbaar door de huurder, tenzij partijen goedkeuring hebben verkregen van de rechter voor een afwijkend beding (art. 7:291 lid 2 BW).² De goedkeuring kan door iedere partij worden verzocht bij verzoekschrift. In de praktijk zullen partijen het verzoek doorgaans gezamenlijk indienen. In art. 7:291 lid 3 BW³ is bepaald dat de goedkeuring alleen wordt gegeven indien:

- i. het beding de rechten die de huurder aan deze afdeling ontleent niet wezenlijk aantast, of
- ii. diens maatschappelijke positie in vergelijking met die van de verhuurder zodanig is dat hij de bescherming van de onderhavige afdeling niet behoeft.

Er bestaan derhalve twee voorwaarden voor de goedkeuring van een afwijkend beding. De vraag die in dit artikel centraal staat is of goedkeuring voor een afwijkend beding in de praktijk wordt verleend indien aan één van deze voorwaarden is voldaan (alternatieve voorwaarde), of dat daarvoor aan beide voorwaarden dient te zijn voldaan (cumulatieve voorwaarden), dan wel dat beide voorwaarden in onderlinge samenhang moeten worden gezien. In onderlinge samenhang bezien, wil zeggen dat de goedkeuringsgronden niet strikt alternatief of cumulatief moeten worden beschouwd, maar dat op beide acht wordt geslagen. Dit betreft derhalve een tussenoplossing.

In dit artikel wordt eerst ingegaan op de argumenten die bestaan voor alternatieve toepassing van de goedkeuringsgronden. Vervolgens worden twee arresten van de Hoge Raad besproken (Toko Mitra/ PMT⁴ en Aldi/Kroon⁵), waaruit blijkt dat de Hoge Raad de letterlijke tekst van de wet volgt en de wet (zeer) strikt uitlegt. Nadien wordt aandacht besteed aan twee uitspraken van het Hof Amsterdam⁶, waarin het Hof expliciet is ingegaan op de vraag hoe de twee voorwaarden uit art. 7:291 lid 3 BW moeten worden beschouwd. In tegenstelling tot de Hoge Raad slaat het Hof Amsterdam acht op de parlementaire geschiedenis. Vervolgens wordt bekeken welke invloed de uitspraken van het Hof hebben gehad op de jurisprudentie. Geëindigd wordt met een conclusie. Ten behoeve van de leesbaarheid is ervoor gekozen om

in het gehele artikel de begrippen 'huurder' en 'verhuurder' aan te houden.

2. Alternatieve toepassing goedkeuringsgronden

Het is verdedigbaar dat de goedkeuringsgronden als alternatieve gronden dienen te worden beschouwd. Daarvoor bestaan drie argumenten. Het eerste argument kan worden ontleend aan de wettekst van art. 7:291 lid 3 BW. Indien de tekst van art. 7:291 lid 3 BW letterlijk wordt gelezen dan lijkt er sprake te zijn van alternatieve goedkeuringsgronden. In art. 7:291 lid 3 BW staat immers: *'goedkeuring wordt alleen gegeven indien het beding de rechten die de huurder aan deze afdeling ontleent niet wezenlijk aantast' of 'diens maatschappelijke positie in vergelijking met die van de verhuurder zodanig is dat hij de bescherming van de onderhavige afdeling in redelijkheid niet behoeft'*. Het woord 'of' impliceert dat goedkeuring wordt verleend indien aan één van de twee voorwaarden is voldaan. Deze mening wordt bijvoorbeeld onderschreven door mr. H.J. Rossel, die schrijft⁷: *'Uit de tekst van lid 3 kan worden afgeleid dat een beding dat de rechten die de huurder aan afdeling 7.4.6 ont-*

* Anneloes de Fouw, Katja Keij en Anouk Sinnige zijn werkzaam bij BRICKS advocaten te Amsterdam.

1. Art. 7:291 lid 1 BW luidt: *'Van de bepalingen van deze afdeling kan niet ten nadele van de huurder worden afgeweken'*.
2. Art. 7:291 lid 2 BW luidt: *'Bedingen die ten nadele van de huurder afwijken van de bepalingen van deze afdeling, kunnen evenwel, behoudens wanneer het betreft een afwijking van artikel 307, niet op die grond worden vernietigd, indien zij zijn goedgekeurd door de rechter.'*
3. Art. 7:291 lid 3 BW luidt: *'Ieder van de partijen kan een zodanige goedkeuring verzoeken. De goedkeuring wordt alleen gegeven indien het beding de rechten die de huurder aan deze afdeling ontleent, niet wezenlijk aantast of diens maatschappelijke positie in vergelijking met die van de verhuurder zodanig is dat hij de bescherming van de onderhavige afdeling in redelijkheid niet behoeft.'*
4. HR 24 september 2010, NJ 2010, 649; TvHB 2010/24 (Toko Mitra/PMT); Vgl. M.B.J. Thijssen, Toko Mitra/PMT, HIP 2013, p. 192/193.
5. HR 25 april 2014, WR 2014,85; TvHB 2014/12.
6. Hof Amsterdam, 8 september 2009, WR 2010/57 en Hof Amsterdam 8 september 2009, WR 2010/58.
7. H.G. van Rossel onder redactie van Dozy/Huydecoper, *Tekst en Commentaar Huurrecht*, Kluwer Deventer 2012, p. 194-195.

*leent wel wezenlijk aantast, toch kan worden goedgekeurd als de maatschappelijke positie van de huurder ten opzichte van die van de verhuurder zo sterk is, dat hij de wettelijke bescherming niet nodig heeft.*⁷

Als tweede argument geldt dat indien een huurder een vergelijkbare maatschappelijke positie heeft als verhuurder, deze huurder de verregaande bescherming van afdeling 7.4.6 niet behoeft. Bij toetsing van deze voorwaarde dient de rechter te bezien of de verhouding tussen de maatschappelijke positie van de huurder en die van de verhuurder van dien aard is, dat de huurder tegen zichzelf in bescherming moet worden genomen door geen goedkeuring te verlenen aan een afwijkend beding, ook al hebben partijen gezamenlijk om goedkeuring daarvan verzocht.⁸ Partijen die worden geacht een vergelijkbare maatschappelijke positie als de verhuurder te hebben en de verregaande bescherming niet te behoeven, betreffen doorgaans grote professionele partijen die zich hebben laten bijstaan door een bedrijfsjurist en/of advocaat en die goed kunnen beoordelen welke consequenties de afwijkende bedingen hebben. Tevens worden deze partijen geacht gedegen voor zichzelf te kunnen opkomen. Indien een huurder de verregaande bescherming van afdeling 7.4.6 niet behoeft, lijkt derhalve niet meer relevant of de rechten die hij aan afdeling 7.4.6 ontleent, met het afwijkende beding wezenlijk worden aangetast. De bescherming die afdeling 7.4.6 hem biedt, behoeft hij immers niet. Ook dit pleit derhalve voor een alternatieve toepassing van de goedkeuringsgronden.

Het derde argument kan worden ontleend aan de parlementaire geschiedenis. Hoewel, gelet op het oordeel van de Hoge Raad van 24 september 2010⁹ – waarop in het hiernavolgende nader zal worden ingegaan – de parlementaire geschiedenis geen bepalende factor is gebleken voor de vraag hoe de voorwaarden moeten worden beschouwd, is dit een factor die wel meeweegt. Overigens geeft de parlementaire geschiedenis geen uitsluitel.¹⁰ Daarin kan enerzijds worden gelezen dat de voorwaarden uit art. 7:291 lid 3 BW alternatief zijn bedoeld, maar anderzijds dat deze voorwaarden cumulatief zijn bedoeld. Zo lijkt uit de volgende passage te volgen dat de voorwaarden alternatief zijn bedoeld aangezien daarin staat dat goedkeuring wordt verleend indien *ofwel* de rechten van de potentiële huurder niet wezenlijk worden aangetast, *ofwel* zijn maatschappelijke positie bescherming niet noodzakelijk maakt: *‘Als de verhuurder een bepaalde bedrijfsruimte te huur aanbiedt zal hier doorgaans ook een bepaalde categorie huurders op reageren (...). Het zal dan voor de verhuurder niet eenvoudig zijn een andere huurder te vinden wiens bescherming door de afwijking niet wezenlijk wordt aangetast of wiens maatschappelijke positie in vergelijking met die van de verhuurder zodanig is dat hij de bescherming van de onderhavige afdeling niet behoeft.*¹¹ Evenwel lijkt daarentegen uit de volgende passage te volgen dat de voorwaarden cumulatief zijn bedoeld: *‘Zo kan het voorkomen dat de verhuurder een zwaarwichtig belang heeft bij de afwijking, maar dat de bescherming van de huurder door de afwijking wezenlijk wordt aangetast of dat de maatschappelijke positie van de huurder in vergelijking met die van de verhuurder zodanig is dat hij de bescherming toch behoeft. In zo’n geval dient de rechter de goedkeuring niet te verlenen.*¹² Oftewel; goedkeuring wordt niet verleend indien aan één van beide voorwaarden van art. 7:291 lid 3 BW niet is voldaan. Nu uit de parlementaire geschiedenis niet eenduidig blijkt dat de voorwaarden niet alternatief dienen

te worden toegepast, ligt strikte toepassing van art. 7:291 lid 3 BW in de rede. Zoals hiervoor uiteengezet pleit een strikte toepassing voor alternatieve goedkeuringsgronden.

3. Strikte wetstoepassing Hoge Raad

De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgesproken over de vraag hoe de voorwaarden in art. 7:291 lid 3 BW moeten worden toegepast, maar wel over de vraag hoe de wet moet worden bezien in het licht van de parlementaire geschiedenis.

In zijn arrest *Toko Mitra / PMT*¹³ heeft de Hoge Raad de letterlijke tekst van de wet gevolgd en heeft het wetsartikel waar het in die zaak om ging zeer strikt uitgelegd. In deze zaak ging het – onder meer – om de vraag of de wachtermijn van drie jaar als bedoeld in art. 7:296 lid 2 BW van toepassing is, indien de opzegging is gedaan tegen het einde van de termijn waarmee de overeenkomst krachtens art. 7:292 lid 2 BW is verlengd en de rechter tot de in art. 7:296 lid 3 BW bedoelde belangenafweging moet overgaan. Oftewel; geldt de wachttijd van drie jaar alleen wanneer de opzegging is gedaan tegen het einde van de eerste huurtermijn van vijf jaar of ook in het geval de opzegging van de huurovereenkomst is gedaan tegen het einde van een huurtermijn van tien jaar of in geval van een verlenging.

De wachttijd van drie jaar is alleen in art. 7:296 lid 2 BW opgenomen, welk artikel ziet op de opzegging na de eerste huurtermijn van vijf jaar. Onder het tot augustus 2003 geldende recht was een opzegging door een opvolgend huurder altijd nietig indien deze plaatsvond binnen drie jaren nadat de rechtsopvolging schriftelijk aan de huurder ter kennis was gebracht. Dit gold derhalve ongeacht de huurtermijn waartegen de huurovereenkomst was opgezegd. Uit de *Memorie van Toelichting* bij het huidige art. 7:296 lid 2 BW volgt dat de onder het oude recht bestaande opzeggings- en termijnbescherming zijn gehandhaafd.¹⁴

De Hoge Raad heeft ondanks de toelichting van de Minister in de parlementaire stukken geoordeeld dat art. 7:296 lid 2 BW slechts betrekking heeft op een opzegging die is gedaan tegen het einde van de in art. 7:292 lid 1 BW bedoelde termijn. Dit betreft derhalve een opzegging die is gedaan tegen het einde van de eerste termijn van vijf jaar. In zijn recente arrest *Aldi/Kroon*¹⁵ heeft de Hoge Raad vastgehouden aan deze strikte toepassing van de wettekst (van ook in dat geval art. 7:296 lid 2 BW) door het beroep in cassatie te verwerpen met toepassing van art. 81 lid 1 RO. A-G Wissink concludeert in zijn conclusie voor het arrest *Aldi/Kroon*: *‘Deze ten aanzien van de wachtermijn aanvaarde leer levert een breuk met het verleden op en biedt minder bescherming aan*

8. Nota naar aanleiding van verslag, *Kamerstukken II* 2000/01, 26 932, nr. 5, p. 6-7.
9. HR 24 september 2010, *NJ* 2010, 649 (*Toko Mitra/PMT*).
10. Zie in dit kader: *Kamerstukken II* 1999/2000, 26932, B, p. 4, respectievelijk *Kamerstukken II* 2000/01, 26 932, nr. 5, p. 7; Zie verder over dit onderwerp N. Eeken-Amiel e.a. (red), *Handboek Huurrecht Bedrijfsruimte*, *Serie voor de rechtspraak*, Den Hollander Deventer 2013, p. 220 e.v.
11. *Kamerstukken II* 2000/01, 26 932, nr. 5, p. 7.
12. *Kamerstukken II* 2000/01, 26 932, nr. 5.
13. HR 24 september 2010, *NJ* 2010, 649 (*Toko Mitra/PMT*).
14. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 932, nr. 3, p. 1.
15. HR 25 april 2014, *WR* 2014/85.

de huurder. In zoverre bestaat er spanning met de parlementaire geschiedenis, zoals het arrest ook duidelijk maakt’.

Kortom; de Hoge Raad houdt in deze uitspraken vast aan de letterlijke tekst van de wet, ook indien er daardoor spanning bestaat met de parlementaire geschiedenis en de wetgever mogelijk een andere bedoeling met het wetsartikel heeft gehad. Wanneer deze opvatting wordt toegepast op art. 7:291 lid 3 BW, dan zou dit betekenen dat er sprake zou zijn van alternatieve voorwaarden. In art. 7:291 lid 3 BW worden de voorwaarden immers achtereenvolgens genoemd, met tussengevoegd het woord ‘of’. Dit woord laat weinig ruimte over voor een andere interpretatie.

4. Hof Amsterdam 8 september 2009, WR 2010, 57 en WR 2010, 58

De voornoemde arresten waarin de Hoge Raad tot een strikte wetstoepassing kwam, dateren van 2010 respectievelijk 2014. Hoewel de Hoge Raad zich nog niet heeft uitgelaten over de vraag of de voorwaarden uit art. 7:291 lid 3 BW al dan niet cumulatief dienen te worden toegepast, is het Hof Amsterdam daar in 2009 in een tweetal arresten wel expliciet op ingegaan.¹⁶ Het Hof overwoog in beide arresten dat uit de tekst van art. 7:291 lid 3 BW, door gebruik van het woord ‘of’, lijkt te volgen dat de rechter toestemming geeft wanneer voldaan is aan één van de twee alternatieve voorwaarden. Het Hof zoekt vervolgens evenwel aansluiting bij de parlementaire geschiedenis: ‘*Uit het antwoord van de minister*¹⁷ lijkt echter te volgen dat het om cumulatieve voorwaarden gaat door het gebruik van het woord ‘bovendien’’. De Minister geeft in de Eindnota¹⁸ namelijk aan dat de rechter moet toetsen of de rechten van de huurder niet wezenlijk worden aangetast. In de Eindnota staat: ‘*Bovendien zal de rechter volgens de voorgestelde maatstaf moeten bezien of de maatschappelijke positie van de huurder en van de verhuurder van dien aard zijn, dat de huurder tegen zichzelf in bescherming moet worden genomen door geen goedkeuring te verlenen aan beider verzoek om van de dwingende regeling te mogen afwijken*’ (onderstreping auteurs). Op basis hiervan concludeert het Hof (eveneens in beide arresten) als volgt: ‘*Naar het oordeel van het hof kunnen de beide voorwaarden die genoemd worden in art. 7:291 lid 3 BW niet los van elkaar gezien en gewogen worden. De rechter dient zich reken-schap te geven van de maatschappelijke positie van partijen en van het (sterke) huurrecht van de huurder dat hij mogelijk prijsgeeft bij instandhouding van het ‘afwijkende’ beding. Ook al is er sprake van een ‘wezenlijke aantasting’ van het huurrecht van de huurder; bijvoorbeeld door uitsluiting van rechterlijke tussenkomst bij beëindiging van de huurovereenkomst, waardoor er grondslag zou kunnen zijn om de toestemming voor het afwijkende beding te onthouden, zou de maatschappelijke positie van de huurder; gezien alle feiten en omstandigheden van het geval, mee kunnen brengen dat hij de (huur)bescherming in redelijkheid niet behoeft, zodat de toestemming voor het afwijkende beding wél gegeven zou kunnen worden.*’ De overweging van het Hof om op basis van de tekst van de Minister te oordelen dat de voorwaarden niet los van elkaar kunnen worden gezien, lijkt in het licht van de (latere) rechtspraak van de Hoge Raad dan ook niet juist. De Hoge Raad gaat immers – in tegenstelling tot het Hof – uit van een strikte lezing van de wet. Deze arresten van het Hof Amsterdam lijken echter wel een ommekeer in de rechtspraak teweeg te hebben gebracht. Indien wordt gekeken naar de jurisprudentie van vóór en ná de uitspraken van

het Hof Amsterdam van 8 september 2009, dan is een (duidelijk) verschil waarneembaar.

5. Jurisprudentie vóór 2009

Voor 2009 werd doorgaans goedkeuring verleend als aan één van de voorwaarden van art. 7:291 lid 3 BW was voldaan (alternatieve voorwaarde). Hoewel dit een vrij bestendige lijn betreft, is bij deze conclusie enige voorzichtigheid geboden, nu bij die jurisprudentie geen rekening is gehouden met zogenaamde stempelbeschikkingen¹⁹ die niet worden gepubliceerd. Uit de jurisprudentie komt de volgende lijn naar voren.

Maatschappelijke positie niet vergelijkbaar

Indien de maatschappelijke positie van de huurder in vergelijking met die van de verhuurder niet zodanig is dat hij de bescherming van afdeling 7.4.6 in redelijkheid niet behoeft, dan wordt getoetst of de rechten van de huurder door het beding wezenlijk worden aangetast. De omstandigheid dat aan de voorwaarde die het eerst wordt getoetst niet is voldaan, leidt automatisch tot toetsing van de tweede voorwaarde. De vraag of de voorwaarden in art. 7:291 lid 3 BW alternatief of cumulatief zijn, is in dat geval niet aan de orde. Beide voorwaarden worden immers getoetst, doordat aan één van de twee voorwaarden niet is voldaan. Evenwel zijn er ook in dit geval aanwijzingen te vinden in de jurisprudentie dat de voorwaarden in art. 7:291 lid 3 BW als alternatief dienen te worden beschouwd. In een zaak die speelde bij de rechtbank Utrecht in 2008²⁰ oordeelde de rechter dat de maatschappelijke positie van de huurder in vergelijking met die van de verhuurder niet zodanig was dat hij de bescherming van afdeling 7.4.6 in redelijkheid niet behoeft. Vervolgens overwoog de rechtbank: ‘*De kantonrechter moet dus beoordelen of door de afwijkende bedingen de rechten van de huurder wezenlijk worden aangetast*’ (onderstreping auteurs). Uit het woordje ‘dus’ lijkt een alternatieve toets te volgen.

Maatschappelijke positie vergelijkbaar

De vraag wordt interessanter indien de maatschappelijke positie van de huurder en de verhuurder vergelijkbaar is. In de jurisprudentie van vóór september 2009 vindt, indien de maatschappelijke positie van de huurder met de verhuurder vergelijkbaar is, er doorgaans geen toetsing meer plaats van de andere goedkeuringsgrond, te weten of door het afwijkende beding de rechten van de huurder niet wezenlijk worden aangetast. Ter illustratie is geoordeeld dat: ‘*daarmee buiten beschouwing kan blijven of de bedingen waarvan partijen goedkeuring vragen de rechten van Bruna wezenlijk aantasten*²¹ en: ‘*daargelaten de vraag of het beding de rechten van de huurder wezenlijk aantast, is de maatschappelijke positie van huurder zodanig, dat huurder de bescherming die de huurders van bedrijfsruimte geboden wordt in*

16. Hof Amsterdam 8 september 2009, WR 2010/57 en Hof Amsterdam 8 september 2009 WR 2010/58.

17. Kamerstukken II 2000/01, 26 932, nr. 5, p. 6.

18. Kamerstukken II 2000/01, 26 932, nr. 5, p. 6.

19. Een stempelbeschikking is een toewijzende beschikking die niet of nagenoeg niet gemotiveerd is.

20. Rechtbank Utrecht, 24 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5878.

21. Kantonrechter Utrecht, 11 oktober 2007, WR 2008/73 en Kantonrechter Utrecht, 25 februari 2008, WR 2008/87.

redelijkheid niet behoeft'.²² De kantonrechter Amsterdam gaat in haar vonnis van 7 mei 2007 zelfs helemaal niet in op de vraag of geoordeeld moet worden over de aantasting van de rechten van de huurder en keurt het beding goed op de grond dat de maatschappelijke positie van de huurder vergelijkbaar is met die van de verhuurder.²³ Er zijn evenwel ook diverse uitspraken van een eerdere datum, waarin wel beide goedkeuringsgronden worden getoetst. In deze uitspraken gaat het om de situatie dat de rechter oordeelt dat er sprake is van een wezenlijke aantasting van de rechten van de huurder, maar de goedkeuring toch wordt verleend nu de maatschappelijke positie van huurder vergelijkbaar is met die van de verhuurder.²⁴ Ook in deze gevallen wordt derhalve goedkeuring verleend indien aan één van de twee voorwaarden is voldaan. Op grond daarvan kan worden geconcludeerd dat de voorwaarden van art. 7:291 lid 3 BW niet cumulatief werden geacht, maar alternatief.

Geen wezenlijke aantasting van de huurrechten van de huurder

Uit de jurisprudentie van vóór 2009 blijkt ten slotte dat ook in het geval dat de huurrechten van de huurder niet wezenlijk worden aangetast, een vergelijking tussen de maatschappelijke positie van de huurder met die van de verhuurder kan uitblijven. Zo oordeelde het Hof 's-Gravenhage dat beoordeeld moet worden of de rechten van huurder niet wezenlijk worden aangetast, dan wel of haar maatschappelijke positie in vergelijking met die van verhuurder zodanig is dat zij de bescherming van de wettelijke bepalingen in redelijkheid niet behoeft²⁵ (onderstreping auteurs). Nadat het Hof had geoordeeld dat de huurrechten niet wezenlijk werden aangetast overwoog het: *'Daarom komt het hof niet meer toe aan de vraag of de maatschappelijke positie van Van den Bos in vergelijking met die van de verhuurder zodanig is dat zij de bescherming van de wettelijke bepalingen in redelijkheid niet meer behoeft'*.

Uit de jurisprudentie van vóór 2009 blijkt derhalve dat een afwijkend beding doorgaans werd goedgekeurd indien aan één van beide voorwaarden uit art. 7:291 lid 3 BW was voldaan. De voorwaarden werden derhalve als alternatief beschouwd. De jurisprudentie ná 2009 laat evenwel een ander beeld zien.

6. Jurisprudentie na 2009

Sinds de hiervoor onder paragraaf 4 behandelde uitspraken van het Hof Amsterdam van 8 september 2009²⁶ lijken rechters een verzoek tot goedkeuring van een afwijkend beding anders te beoordelen. Terwijl de voorwaarden van art. 7:291 lid 3 BW voor deze uitspraken doorgaans als alternatieve voorwaarden werden gezien, werden deze in de jurisprudentie na 2009 doorgaans, althans veel vaker, in onderling verband met elkaar gezien. Dit leidde tot toetsing van de beide voorwaarden van art. 7:291 lid 3 BW, ook indien aan de eerst getoetste voorwaarde was voldaan. Illustratief in dit kader is de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 1 september 2014²⁷, waarin werd overwogen: *'Deze beide redenen voor goedkeuring dienen in onderling verband te worden gezien en gewogen (Hof Amsterdam 8 september 2009, WR 2010 57 en 58). Daarbij moeten alle feiten en omstandigheden van het geval en de belangen van beide partijen worden gewogen'*. In diverse gepubliceerde uitspraken die zijn gewezen na 2009 is een dergelijke overweging terug te vinden.²⁸ Het Hof Den Haag gaat in zijn arrest van 15 janua-

ri 2013 zelfs nog een stapje verder en oordeelt dat aan beide voorwaarden moet zijn voldaan (cumulatief). Het Hof overwoog in dat kader: *'Het hof beoordeelt of in art. 9 de huurbeschermingsregels voor huurder niet wezenlijk worden aangetast en of de maatschappelijke positie van huurder en verhuurder van dien aard zijn, dat huurder tegen zichzelf in bescherming moet worden genomen door geen goedkeuring aan dat artikel te verlenen'*²⁹ (onderstreping auteurs).

De hiervoor reeds aangehaalde uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 1 september 2014 is evenwel een opvallende.³⁰ In deze zaak toetst de rechtbank beide voorwaarden uit art. 7:291 lid 3 BW waarna zij tot de conclusie komt dat aan beide voorwaarden niet is voldaan. Desalniettemin keurt de rechtbank het afwijkende beding goed, nu de rechten van de huurder op een andere wijze voldoende zouden zijn gewaarborgd. In deze zaak gaat het in het kort gezegd om het volgende. De huurder is een slagerij die huurt van de Markthal Rotterdam als zijnde verhuurder. De markthal in Rotterdam is een nieuw concept dat (nog) niet elders in Nederland aanwezig is. Dit nieuwe concept ziet op verhuur van een unit op de marktvloer van de Markthal. In rechtsoverweging 3.5 wordt dit concept als volgt omschreven: *'Deze marktvloer is in feite een overdekte markt waarvan het de bedoeling is dat zij de functie van de weekmarkt, waar het gaat om verse producten, overneemt. Een overdekte markthal is in Nederland nog nergens in deze vorm aanwezig. Beide partijen stappen derhalve in een avontuur waarvan de afloop ongewis is'*. Partijen verzoeken goedkeuring van een beding dat ziet op een beëindiging van de huurovereenkomst van rechtswege – derhalve zonder rechterlijke tussenkomst – na een huurtermijn van 10 jaar. Indien de huurder voldoet aan de eisen die het marktvloerconcept aan hem stelt³¹, dan is de verhuurder echter wel verplicht om de huurder een nieuwe huurovereenkomst aan te bieden voor het gehuurde, dan wel voor een gelijkwaardige unit op de marktvloer. Ter onderbouwing voeren partijen aan dat de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het markthalconcept enerzijds inhoudt

22. Kantonrechter Haarlem, 29 mei 2006, *WR* 2007/9.
23. Kantonrechter Amsterdam, 7 mei 2007, *WR* 2007/93.
24. Rechtbank Rotterdam, 19 november 2012, *JHV* 2013/44, Rechtbank Dordrecht, 12 maart 2008, *LJN* BC6628, Rechtbank Dordrecht, 6 december 2007, Zaaknummer: 204412 HA VERZ 07-402.
25. Hof 's-Gravenhage, 25 augustus 2006, *LJN* AZ6058.
26. Hof Amsterdam 8 september 2009, *WR* 2010/57 en Hof Amsterdam 8 september 2009, *WR* 2010/58.
27. Rechtbank Rotterdam, 1 september 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:7688*.
28. Zie in dit kader bijvoorbeeld: Rechtbank Rotterdam, 22 oktober 2010, *WR* 2011/79; Rechtbank Rotterdam, 23 januari 2012, *ECLI:NL:RBROT:2012:BV2668*; Rechtbank Breda 24 april 2006, *ECLI:NL:RBBRE:2006:AW7273*; Rechtbank 's-Gravenhage, 6 juni 2012, *Reprn: 1160711 RP VERZ 12-50300* (niet gepubliceerd).
29. Hof Den Haag, 15 januari 2013, *WR* 2014/25.
30. Rechtbank Rotterdam, 1 september 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:7688*.
31. Bij die eisen die het marktconcept aan de huurder stelt gaat het bijvoorbeeld om eisen met betrekking tot de branchering, de openingstijden, het kwaliteitsniveau alsmede de vraag of het concept van huurder nog steeds past bij de Markthal. Verder dient de huurder aan al zijn verplichtingen uit de huurovereenkomst te hebben voldaan.

dat er sprake is van flexibiliteit bij het invullen en in stand houden van het concept, maar dat het anderzijds inhoudt dat de huurder een geruime periode zekerheid heeft. De rechter oordeelt dat het beding de rechten van de huurder wezenlijk aantast en dat diens maatschappelijke positie niet vergelijkbaar is met die van de verhuurder. Evenwel is de rechtbank van oordeel dat de rechten van de huurder op een andere wijze voldoende zijn gewaarborgd. Dit zou het geval zijn nu de huurder zonder veel financiële risico's gedurende 10 jaar een potentieel aantrekkelijke locatie kan huren tegen een vaste huurprijs en nu er onder omstandigheden een verplichting voor de verhuurder bestaat om de huurder een nieuwe huurovereenkomst aan te bieden. De rechter overweegt in dit kader voorts: *'De kantonrechter komt tot dit oordeel geleid op het bijzondere concept voor de markt vloer.'* en *'Dat een individuele toets bij beëindiging van de huur, zoals in de wet bepaald, moet wijken voor het gemeenschappelijke belang bij het handhaven van het markt vloer-concept wordt door alle partijen onderschreven en komt in de gegeven omstandigheden niet onredelijk voor'*.

Deze uitspraak is opvallend, nu daarmee een goedkeuringsgrond lijkt te worden aangewend waarin art. 7:291 lid 3 BW niet voorziet, te weten het op een andere wijze – dan staat genoemd in art. 7:291 lid 3 BW – gewaarborgd zijn van de rechten van de huurder. De kantonrechter overweegt dat hij aan het verzoek van partijen om het beding goed te keuren, hoewel niet aan de goedkeuringsgronden uit art. 7:291 lid 3 BW is voldaan, gehoor kan geven: *'wanneer de huurder de bescherming die de wet hem biedt niet nodig heeft.'* Deze uitspraak is temeer opvallend nu een beding dat in beëindiging van een huurovereenkomst van rechtswege voorziet – derhalve zonder rechterlijke tussenkomst – niet snel wordt goedgekeurd. Het is de vraag of deze uitspraak op zichzelf staat of dat er een (bestendige) lijn zal ontstaan. Indien deze lijn mocht ontstaan in de lagere rechtspraak is het bovendien de vraag of de Hoven en de Hoge Raad deze lijn zullen volgen.

Kortom; in de jurisprudentie die is verschenen na de arresten van het Hof Amsterdam van 8 september 2009³² worden de voorwaarden uit art 7:291 lid 3 BW doorgaans gezien als voorwaarden die in onderling verband dienen te worden gezien en gewogen, dan wel als cumulatieve voorwaarden.

Dit wijkt af van de lijn in de jurisprudentie van vóór 2009, waar de voorwaarden overwegend als alternatief werden beschouwd.

7. Conclusie

De voorwaarden uit art. 7:291 lid 3 BW worden in de huidige jurisprudentie, althans in de jurisprudentie sinds september 2009, doorgaans in onderlinge samenhang gezien. In een enkel geval worden de voorwaarden zelfs als cumulatieve voorwaarden beschouwd. Dit terwijl de voorwaarden in de jurisprudentie van vóór 2009 doorgaans als alternatief werden beschouwd. Hierdoor was de goedkeuringsgrond 'maatschappelijke positie van de huurder in vergelijking met die van de verhuurder', relatief belangrijker c.q. lijkt daaraan meer gewicht te zijn toegekend vóór september 2009, dan ná september 2009. Indien aan die goedkeuringsgrond was voldaan, werd vóór september 2009 immers doorgaans goedkeuring aan het afwijkende beding verleend, zonder dat de andere goedkeuringsgrond – of de rechten van de huurder niet wezenlijk werden aangetast – werd getoetst. Aangezien sinds september 2009 de goedkeuringsgronden uit art. 7:291

lid 3 BW in onderlinge samenhang of zelfs als cumulatief worden gezien, worden doorgaans beiden gronden getoetst. Als gevolg hiervan wordt bij het al dan niet goedkeuren van het afwijkende beding kennelijk tevens gewicht toegekend aan de omstandigheid of het beding de rechten van de huurder al dan niet wezenlijk aantast, terwijl de maatschappelijke positie van de huurder vergelijkbaar is met die van de verhuurder.

De oorzaak van deze gewijzigde benadering sinds september 2009 lijkt te zijn gelegen in de door het Hof Amsterdam op 8 september 2009 gewezen arresten waarin is geoordeeld dat de voorwaarden niet los van elkaar kunnen worden gezien. Bij dat oordeel heeft het Hof Amsterdam niet alleen acht geslagen op de tekst van art. 7:291 lid 3 BW, maar ook op de parlementaire stukken. In het licht van de later door de Hoge Raad gewezen arresten, Toko Mitra / PMT³³ en Aldi / Kroon³⁴, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de wettekst – evenwel van een ander wetsartikel – strikt dient te worden toegepast, is het de vraag of deze maatstaf (nog) juist is. Indien dient te worden uitgegaan van een strikte lezing van art. 7:291 lid 3 BW – conform het oordeel van de Hoge Raad –, dan lijkt thans een onjuiste maatstaf te worden gehanteerd bij de toetsing van de voorwaarden uit dat artikel. Nu de uitspraken van de Hoge Raad dateren van een latere datum dan die van het Hof Amsterdam van 8 september 2009 (te weten uit 2010 en 2014), zou toetsing door de Hoge Raad – in het licht van de arresten Toko Mitra / PMT en Aldi / Kroon – wel eens tot wijziging kunnen leiden van de maatstaf die in de huidige jurisprudentie wordt gehanteerd.

Tot slot geldt dat de wijze waarop rechters met de voorwaarden uit art. 7:291 lid 3 BW omgaan, met name relevant is voor grote, professionele huurders. Indien er sprake is van een (relatief) kleine huurder waarvan diens maatschappelijke positie in vergelijking tot die van de verhuurder niet zodanig is dat hij de bescherming van afdeling 7.4.6 niet behoeft, zal immers altijd worden getoetst of het afwijkende beding de rechten van de huurder niet wezenlijk aantast

32. Hof Amsterdam 8 september 2009, *WR* 2010/57 en Hof Amsterdam 8 september 2009, *WR* 2010/58.

33. HR 24 september 2010, *NJ* 2010, 649 (Toko Mitra/PMT).

34. HR 24 april 2014, *WR* 2014/85.