

echter niet met zoveel woorden uit de overwegingen van het Gerechtshof Amsterdam.

Uit de besproken rechtspraak volgt dat er bij het verzenden van aangetekende post een risico bestaat dat de betreffende brief de geadresseerde niet bereikt. Zeker als er op het allerlaatste moment wordt opgezegd, dan heeft het de voorkeur om de opzegging per deurwaardersexploot te laten plaatsvinden, zodat beter en eenvoudiger kan worden beezen dat de opzegging de wederpartij tijdig heeft bereikt. Als de tijd dringt dan zou er eventueel ook voor kunnen worden gekozen om (een afschrift van) de opzeggingsbrief tijdig per e-mailbericht aan de wederpartij te zenden.

Ondanks dat in de wet ten aanzien van de huur van woonruimte en de huur van winkelruimte en nagenoeg ook in alle huurovereenkomsten is bepaald dat de opzegging bij exploit of aangetekende brief moet plaatsvinden, kan het in het moderne zakelijke communicatieverkeer aan te bevelen zijn om (een afschrift van) de opzeggingsbrief ook per e-mailbericht te versturen. Bij de verzending van het e-mailbericht zou dan om een ontvangstbevestiging kunnen worden gevraagd, zodat bij een eventuele discussie tussen partijen kan worden aangetoond dat de betreffende brief ook daadwerkelijk per e-mail is bezorgd. De Kantonrechter Rotterdam heeft in het vonnis van 25 april 2014 een dergelijke opzegging door de huurder als rechtsgeldig beoordeeld, overigens mede gezien het feit dat de verhuurder in de huurovereenkomst onder zijn contactgegevens het e-mailadres had vermeld waarnaar de bewuste opzegging was verzonden.¹⁵ De Kantonrechter 's-Hertogenbosch heeft in het vonnis van 27 februari 2014 eveneens geoordeeld dat de opzegging van de huurovereenkomst voor bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230a BW per e-mail mogelijk is.¹⁶ In alle gevallen ligt nog wel steeds de bewijslast dat de (opzeggings)brief de wederpartij tijdig heeft bereikt op de verzender van het bericht.¹⁷

C.G. Bunge¹⁸

15. Rb. Rotterdam, sector kanton, 25 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3333, WR 2015, 6.

16. Rb. Oost-Brabant, sector kanton, locatie Den Bosch, 27 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1396.

17. In bijzondere omstandigheden kan een beroep op het ontbreken van een schriftelijke opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, zie bijv. Rb. Amsterdam, sector kanton, (kort geding) 10 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1036; *Prg.* 2016, 104.

18. Claus Bunge is werkzaam als advocaat bij TaylorWessing te Eindhoven.

TvHB 2016/23

Rechtbank Amsterdam

9 juni 2016

ECLI:NL:RBAMS:2016:3939

Behoud van Monumenten Laurentius en Petronella / WE Real Estate Management

Samenvatting

Huurprijswijziging, vernietiging afwijkend beding, goedkeuring afwijkend beding

De verhuurder verlangt een aanpassing van de huurprijs. De huurder beroept zich daarop op een beding (art. 9.7) in de huurovereenkomst en stelt dat de procedure zoals omschreven in dit beding gevolgd dient te worden. Tevens geeft de huurder in eerste instantie aan dat hij meent dat dit beding ten gunste van de huurder afwijkt van de wettelijke regeling ex art. 7:303 BW. Op grond van dit beding zou de huurprijs aangepast moeten worden aan de markthuur. De huurder stemt vervolgens echter niet in met de door de verhuurder voorgestelde aangepaste huurprijs (op basis van de markthuur) en meent dat partijen met het beding in de huurovereenkomst altijd de wettelijke huurprijsherziening op basis van art. 7:303 BW voor ogen zouden hebben gehad. De huurder vernietigt het beding. Daarop dient de verhuurder een verzoekschrift in waarin hij primair verzoekt om een verklaring voor recht dat de huurder geen beroep meer kan doen op vernietiging van het beding en subsidiair verzoekt om (alsnog) goedkeuring van het beding. De kantonrechter wijst het primaire verzoek van de verhuurder af en wijst het subsidiaire verzoek van de verhuurder toe.

Kantonrechter

De stichting Stichting tot Behoud van Monumenten Laurentius en Petronella,

hierna: de Stichting,

verzoekster partij

gemachtigde: mr. I.E. Hofhuis,

tegen

de besloten vennootschap WE Real Estate Management B.V.,

hierna: WE,

verweerster

gemachtigde: mr. H. Ferment.

De vaststaande feiten

1. Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend of niet (voldoende) weersproken, alsmede op grond van de overgelegde en in zoverre niet bestreden inhoud van de stukken, staat in dit geding het volgende vast:

1.1. Met ingang van 1 januari 2006 heeft WE het gehuurde gehuurd van het kerkgenootschap Protestantse Gemeente te Amsterdam, zijnde de rechtvoorganger van de Stichting. De Stichting is sinds 2007 eigenaar van het pand.

1.2. In artikel 9.7 van de schriftelijke huurovereenkomst is bepaald:

“Onverminderd een huurprijsaanpassing op grond van 4.5 zijn beide partijen bevoegd om aanpassing van de huurprijs aan de markt van vergelijkbare panden te verlangen. Die aanpassing kan voor het eerst plaatsvinden met ingang van 1 januari 2016 en vervolgens steeds na een periode van 5 jaar na de laatste huurprijsaanpassing aan de markt van vergelijkbare panden. Indien een van de partijen van deze bevoegdheid gebruik wil maken, stelt hij de andere partij daarvan uiterlijk zes maanden voor de datum waarop de herziene huurprijs moet in gaan in kennis door middel van een aangetekende brief met bericht van ontvangst. Wanneer partijen binnen twee maanden na ontvangst van de kennisgeving niet tot overeenstemming over de huurprijsaanpassing aan de markt zijn gekomen, wordt die huurprijs vastgesteld door drie deskundigen. De deskundigen dienen de opdracht te krijgen om bij de huurprijsvaststelling rekening te houden met al hetgeen tussen partijen met betrekking tot het gehuurde is overeengekomen. Van deze drie deskundigen wordt door elk der partijen één aangewezen binnen veertien dagen nadat een partij het verzoek daartoe van de andere partij heeft bereikt.

Een deskundige zal binnen acht dagen na dagtekening van de opdracht kenbaar moeten maken of hij deze aanvaardt. De derde deskundige wordt door deze beide deskundigen aangewezen binnen acht dagen nadat zij hun aanwijzing hebben aanvaard. Het oordeel van de derde deskundige is beslissend bij gebreke van overeenstemming tussen de deskundigen over de vast te stellen huurprijs. Blijft een der partijen met de aanwijzing van een deskundige in gebreke of kunnen de beide aangewezen deskundigen niet tot overeenstemming over de aanwijzing van een derde komen, dan kan de meest gerede partij aan de voorzitter van de Kamer van Koophandel en Fabrieken van het rayon waarin het gehuurde is gelegen de benoeming van de deskundige(n) vragen. Iedere partij draagt de kosten van de door of voor hem aangewezen deskundige. De kosten van de derde deskundige worden door partijen elk voor de helft gedragen. De deskundigen krijgen opdracht hun rapport uit te brengen binnen zes weken nadat hun benoeming vaststaat.”

13. Bij brief van 6 maart 2015 van haar gemachtigde deelde de Stichting onder meer mee:

“Tot slot breng ik nog het volgende onder uw aandacht. Cliënte is van oordeel dat de huidige huurprijs niet (meer) overeenstemt met het gemiddelde van de huurprijzen van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse. De huurprijzen van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse zijn aanzienlijk gestegen. In dit verband informeer ik u dat cliënte tot een nadere huurprijsvaststelling wenst te komen per 1 januari 2016. Vooruitlopend daarop zal cliënte u binnenkort een indicatie verstrekken van de huurprijs op grond van de wettelijke maatstaven. Op basis daarvan wenst cliënte met u in onderhandeling te treden over de minnelijke vaststelling van de huurprijs per 1 januari 2016.

Indien deze onderhandelingen geen resultaat opleveren, zal cliënte met u in overleg treden onder meer over de benoeming van één of meer deskundigen. Bij gebreke van overeenstemming zal namens cliënte een verzoekschrift ex artikel 7:303 BW worden ingediend.”

14. In reactie daarop deelde WE bij brief van 17 maart 2015 van haar gemachtigde mee:

“Met betrekking tot de huurprijsvaststelling wijst WE er alvast op dat in artikel 9.7 van de huurovereenkomst een regeling is opgenomen voor het geval het partijen niet lukt op minnelijke wijze overeenstemming te bereiken over de nieuwe huurprijs. Deze regeling wijkt – ten gunste van de huurder – af van de regeling als opgenomen in artikel 7:303 BW. WE gaat er dan ook vanuit dat – voor zover nodig – de in de huurovereenkomst opgenomen procedure wordt gevolgd.”

15. Bij brief van 23 april 2015 heeft de Stichting medegedeeld dat zij instemt met het volgen van de overeengekomen regeling “...vanzelfsprekend zowel inhoudelijk als procedureel.”

16. De Stichting heeft vervolgens Stichting IVN verzocht advies uit te brengen over de huurprijs.

17. Bij brief van 16 juli 2015 heeft de Stichting op basis van het advies van Stichting IVN voorgesteld om de bestaande huurprijs van ruim € 814.000,- per jaar te verhogen naar ruim € 2.120.000,- per jaar (ex btw) met ingang van 17 januari 2016, althans van 1 februari 2016.

18. Bij brief van 24 augustus 2015 deelde WE aan de Stichting onder meer mee:

“Partijen hebben met artikel 9.7 van de huurovereenkomst niet beoogd dat een huurprijsherziening aan de markt mogelijk is. Partijen hebben altijd de wettelijke huurprijsherziening in de zin van artikel 7:303 BW voor ogen gehad, welke kort gezegd uitgaat van de gemiddelde huurprijs van vergelijkbare bedrijfsruimte over de afgelopen vijf jaar. Wij verwijzen ook naar de huuraanbieding van 21 juli 2006 waarin de huurprijsherziening wordt genoemd. In de tekst van artikel 9.7 van de huurovereenkomst wordt ten onrechte het woord markt gebruikt.

Indien en voor zover u vasthoudt aan de letterlijke tekst van artikel 9.7 wordt artikel 9.7 hierbij door ons vernietigd, omdat dit een afwijking is ten nadele van de huurder.”

19. Partijen hebben vervolgens veelvuldig gecorrespondeerd.

1.10. De Stichting heeft een eigen deskundige benoemd. Na aanzegging door de Stichting aan WE van een kort geding indien zij niet aanstonds een eigen deskundige benoemt, heeft WE eveneens een eigen deskundige benoemd. Beide deskundigen hebben een derde deskundige benoemd. De deskundigen zijn thans doende een advies over de huurprijsvaststelling op te stellen.

Verzoek en standpunt van de Stichting

2. De Stichting verzoekt, na wijziging van het verzoek, om bij beschikking voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, zoals geformuleerd in het aanvullend verzoek:

primair: te verklaren voor recht dat WE op de in het verzoekschrift en de in het onderhavige verzoekschrift uiteengezette gronden geen beroep meer heeft kunnen doen op vernietiging van artikel 9.7 en dat zij dit beroep ook niet meer kan doen, niet actief en ook niet in rechte ter afwering van een op artikel 9.7 steunende vordering of rechtsmaatregel

en de Stichting om die reden niet ontvankelijk te verklaren in het Goedkeuringsverzoek; subsidiair: artikel 9.7 op grond van artikel 7:291 lid 3 BW goed te keuren;

In alle gevallen: WE te veroordelen in de kosten van de procedure.

3. Aan haar verzoek legt de Stichting ten grondslag – kort weergegeven – dat artikel 9.7, opgenomen in de huurovereenkomst zelf, afwijkt van de bepalingen van artikel 7:303 BW, en eveneens van de bepalingen in artikel 9.2 van de toepasselijke algemene bepalingen waarvoor zij in de plaats is gekomen. Van een vergissing is geen sprake omdat partijen bij het totstandkomen van de overeenkomst hierover hebben onderhandeld en het allebei deskundige partijen betreft die zich ook hebben laten bijstaan door deskundigen. WE moet zich er steeds van bewust zijn geweest dat artikel 9.7 afweek van de wettelijke bepalingen, onder meer voor wat de referentieperiode betreft. De mededelingen gedaan in de onder 1.4 bedoelde brief betreffen een bevestiging als bedoeld in artikel 3:55 BW, namens WE gedaan door een bevoegde advocaat, waardoor WE niet langer bevoegd was het betreffende beding te vernietigen. Voorts is die bevoegdheid tot (actieve) vernietiging verjaard, terwijl WE gelet op het voorgaande haar recht om bij wijze van verweer een beroep te doen op vernietigbaarheid van het beding heeft verwerkt. Uitgaande van het voorgaande is artikel 9.7 van de huurovereenkomst onaantastbaar geworden, is goedkeuring daarvan niet meer nodig en heeft de Stichting daarbij geen belang meer, reden waarom zij in het verzoek niet ontvankelijk dient te worden verklaard. Subsidiair wordt voldaan aan de eisen voor goedkeuring. De beoordeling dient ex tunc plaats te vinden. Er is geen sprake van wezenlijke aantasting van de rechten van de huurder en de maatschappelijke positie van WE is niet zodanig dat zij de wettelijke bescherming behoeft, aldus – steeds – de Stichting.

Standpunt WE

4. WE stelt – samengevat – dat in artikel 9.7 van de huurovereenkomst de bepalingen van artikel 7:303 BW en in het bijzonder de toepassing van de daar bedoelde referentieperiode niet worden uitgesloten, zodat deze bepalingen hun werking hebben behouden, ook bij toepassing van artikel 9.7 van de huurovereenkomst. Voorts betwist WE dat partijen bij het aangaan van de overeenkomst hebben bedoeld om artikel 7:303 BW uit te sluiten, waarbij zij verwijst naar verklaringen en correspondentie. Nog in de onder 1.3 bedoelde brief van 6 maart 2015 deelde de Stichting mee dat zij de wettelijke maatstaven wilde volgen. Daarnaast valt volgens WE de door de Stichting gevraagde verklaring voor recht niet binnen de grenzen van de wetsbepaling op grond waarvan het verzoek wordt gedaan, en is het primaire verzoek reeds om die reden niet toewijsbaar. Het niet toepassen van een referentieperiode betekent dat de nieuwe huurprijs vele honderdduizenden euro's hoger zal uitvallen. Van een bevestiging van de geldigheid van artikel 9.7 van de huurovereenkomst is geen sprake. De bevestiging waar WE

naar verwijst betreft een beroepsfout van de toenmalige advocaat van WE, die niet dergelijke consequenties zou mogen hebben. Goedkeuring kan niet worden verleend omdat door artikel 9.7 van de huurovereenkomst – gelezen als door de Stichting voorgestaan – de rechten van de huurder wezenlijk worden aantast, mede gelet op de hiervoor bedoelde gevolgen. Hoewel WE een grote huurder is heeft bij een A1 locatie als de onderhavige de verhuurder een machtspositie. Voorts dient volgens WE ex nunc te worden getoetst en is van belang dat de Stichting deel uitmaakt van een groot concern. Een en ander betekent volgens WE dat niet kan worden geconcludeerd dat haar maatschappelijke positie zodanig is dat zij de bescherming van de wettelijke bepalingen niet behoeft.

Beoordeling

5. Waar nodig zal nader worden ingegaan op de stellingen van partijen. Geoordeeld wordt als volgt.

6. Tussen partijen is in geschil wat toepassing van artikel 9.7 van de huurovereenkomst betekent en in het bijzonder of dat meebrengt dat geen toepassing wordt gegeven aan een referentieperiode van vijf jaar als bedoeld in artikel 7:303 lid 2 BW. Op dit punt is derhalve in geschil wat de inhoud is van de huurovereenkomst tussen partijen. Vaststelling van de inhoud van de huurovereenkomst valt buiten het bestek van een verzoekschriftprocedure als bedoeld in artikel 7:291 lid 3 BW. Dit betreft evenmin een voorvraag die beantwoord moet worden voordat toepassing kan worden gegeven aan laatstgenoemde wetsbepaling. Nu noch de ene noch de andere uitleg evident onjuist is, dient in dit geval bij de beoordeling of goedkeuring kan worden verleend uit te worden gegaan van de betekenis en uitleg die de Stichting aan het betreffende beding heeft gegeven, omdat deze het meest nadelig is voor WE als huurder.

7. De vraag of er sprake is van een bevestiging als bedoeld in artikel 3:55 BW hangt nauw samen met de vraag wat de juiste inhoud en uitleg is van artikel 9.7. Aan de ontvankelijkheid van het goedkeuringsverzoek staat de inhoud van de onder 1.4 bedoelde brief van 17 maart 2015 van de (toenmalige) gemachtigde van WE niet in de weg. Gelet op het feit dat daarin uitdrukkelijk tot uitgangspunt wordt genomen dat de bepalingen van artikel 9.7 ten gunste van de huurder afwijken van artikel 7:303 BW, is aan twijfel onderhevig of de bedoelde brief zo mag worden uitgelegd dat daarin wordt bedoeld te bevestigen dat alle bepalingen van artikel 7:303 BW terzijde dienen te worden gesteld, niet alleen de bepalingen van procedurele aard maar ook die betreffende de bij de maatstaf te hanteren referentieperiode. Of er sprake is van de hier bedoelde bevestiging zal blijken in de (eventuele) dagvaardingsprocedure gericht op huurprijsvaststelling. Nu daarover nog niet is beslist blijft de Stichting belang houden bij een beslissing op het verzoek tot goedkeuring.

8. Om dezelfde reden staat niet vast dat de onder 1.4 bedoelde brief van 17 maart 2015 in de weg staat aan een (verwerend) beroep op de vernietigbaar-

heid van artikel 9.7 van de huurovereenkomst in een (eventuele) dagvaardingsprocedure gericht op huurprijsvaststelling. Ook om die reden kan niet worden uitgesloten dat WE een beroep kan doen op de vernietiging van laatstbedoeld beding en blijft de Stichting belang houden bij een beslissing op het verzoek tot goedkeuring.

9. Uit het voorgaande volgt dat het primaire beroep wordt afgewezen.

10. Bij de beoordeling van het verzoek om goedkeuring van artikel 9.7 van de huurovereenkomst – uitgaande van de uitleg daarvan door de Stichting – is het volgende van belang. Goedkeuring kan slechts worden verleend indien het beding de rechten die de huurder aan de wettelijke bepalingen ontleent, niet wezenlijk aantast of diens maatschappelijke positie in vergelijking met die van de verhuurder zodanig is, dat hij de bescherming van deze wettelijke bepalingen niet behoeft.

11. Met de Stichting wordt geoordeeld dat de toetsing ex tunc dient plaats te vinden, dat wil zeggen aan de hand van de positie van partijen en de omstandigheden ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst. Of de huurder ten opzichte van de verhuurder een maatschappelijke positie (en dus een onderhandelingspositie) heeft, die zodanig is dat hij de wettelijke bescherming niet behoeft, is immers slechts relevant op het moment dat het betreffende beding tot stand komt. Wanneer de positie van een der partijen naderhand wijzigt (de verhuurder gaat deel uitmaken van een groot concern, of de huurder treedt uit het concern waartoe hij behoorde op het moment van aangaan van de huurovereenkomst) brengt dat geen enkele verandering in de onderhandelingspositie van partijen bij de totstandkoming van de huurovereenkomst. Toetsing ex nunc zoals door WE voorgestaan kan tot gevolg hebben dat een beding uiteindelijk kan worden vernietigd (omdat goedkeuring niet langer – zonedig achteraf – kan worden verleend) door het enkele feit dat een opvolgend verhuurder een grotere partij is dan de verhuurder met wie is gecontracteerd. Dat zou geen redelijke of logische uitkomst zijn.

12. Uit het voorgaande volgt dat in dit geval de maatschappelijke positie van WE moet worden vergeleken met die van het kerkgenootschap Protestantse Gemeente te Amsterdam. Naar het oordeel van de kantonrechter was de maatschappelijke positie van WE in vergelijking met die van het kerkgenootschap zodanig dat de huurster de bescherming van de wettelijke bepalingen betreffende de huur van bedrijfsruimte in redelijkheid niet behoefde

13. Voorts is er naar het oordeel van de kantonrechter als gevolg van artikel 9.7 van de huurovereenkomst geen sprake van een zodanige aantasting van de rechten van de huurder dat, hoewel WE de hiervoor bedoelde sterke maatschappelijke positie had, de gevraagde goedkeuring niet zou kunnen worden verleend. De feitelijke gevolgen van artikel 9.7 van de huurovereenkomst hangen af van marktontwikkelingen die bij het aangaan van de huurovereenkomst niet konden worden voorzien. Bij dalende markthuurprijzen zal het niet toepas-

sen van de referentieperiode van vijf jaar gunstig zijn voor de huurder. Dat voor een A1 locatie een uitzondering zou gelden op de regel dat een markt die omhoog kan ook omlaag kan gaan, heeft WE niet voldoende onderbouwd.

14. Dat betekent dat het subsidiaire verzoek wordt toegewezen.

15. Nu WE in het ongelijk is gesteld zal zij worden veroordeeld in de proceskosten van het verzoek van de Stichting.

Beslissing

De kantonrechter:

keurt goed de bedingen in artikel 9.7 van de huurovereenkomst zoals hiervoor onder 1.2 geciteerd; veroordeelt WE in de kosten van deze procedure, (...);

wijst het meer of anders verzochte af.

Deze beschikking is gegeven door mr. C.L.J.M. de Waal (...).

Commentaar

Sinds de inwerkingtreding van het nieuwe huurrecht op 1 augustus 2003 zijn de bepalingen voor huur van bedrijfsruimte (titel 7.4.6) van semi-dwingend recht op grond van art. 7:291 lid 1 BW. Er kan derhalve in een huurovereenkomst en eventuele bijbehorende algemene bepalingen wel in het voordeel van de huurder van deze bepalingen worden afgeweken, maar niet in het nadeel. Gebeurt dit toch, dan heeft de huurder de mogelijkheid de betreffende bepaling te (laten) vernietigen door middel van een buitengerechtelijke verklaring aan de verhuurder, dan wel door middel van een rechterlijke uitspraak (art. 3:49 BW). Indien ten nadele van de huurder wordt afgeweken van semi-dwingend recht terwijl de betreffende afwijkende bedingen zijn goedgekeurd door de rechter, kunnen deze niet meer door de huurder worden vernietigd (art. 7:291 lid 2 BW).

Evenwel geldt als uitgangspunt dat (ook) niet door de rechter goedgekeurde bedingen die ten nadele van de huurder afwijken, gelding hebben tussen partijen. Voor de buitentoepassingverklaring van het met de semi-dwingend huurrechtelijke bepalingen strijdige beding dient aldus eerst de vernietiging door de huurder te worden ingeroepen. De vernietiging werkt terug tot het moment waarop de rechtshandeling is verricht (art. 3:53 BW). Het moment waarop de rechtshandeling is verricht, is het moment waarop het beding is overeengekomen. Vaak zal dit moment samenvallen met het moment waarop de huurovereenkomst is gesloten, maar dit moment kan ook later zijn indien partijen bijvoorbeeld nadere afspraken hebben gemaakt. Oplettendheid van de huurder is echter geboden, aangezien de mogelijkheid tot buitengerechtelijke vernietiging van een ten nadele van de huurder afwijkend beding verjaart drie jaren nadat hem de bevoegdheid om deze vernietigingsgrond in te roepen, ten dienste is komen te staan (art. 3:52 lid 1 sub d). Daarna resteert slechts de mogelijkheid het beroep op vernietiging in rechte te doen ter afwering van een op de rechtshandeling steunende

vordering of andere rechtsmaatregel (art. 3:53 lid 3 BW). Dat wil zeggen: bij wijze van verweer in een procedure.

Een huurder kan zowel in rechte als buiten rechte geen beroep meer doen op vernietiging van een afwijkend beding, indien zijn bevoegdheid daartoe is vervallen doordat hij de rechtshandeling heeft bevestigd, nadat de verjaringstermijn ter zake van de rechtsvordering tot vernietiging op die grond een aanvang heeft genomen (art. 3:55 lid 1 BW),¹⁹ dan wel indien aan huurder na aanvang van de verjaringstermijn een termijn is verstrekt om te kiezen tussen bevestiging en vernietiging en huurder niet heeft gereageerd binnen de gestelde termijn (art. 3:55 lid 2 BW).²⁰ Tevens zal een beroep op vernietiging van een afwijkend beding door een huurder niet slagen, indien sprake is van rechtsverwerking. Van rechtsverwerking zal evenwel niet snel sprake zijn, nu daarvoor is vereist dat sprake is van bijzondere omstandigheden, als gevolg waarvan ofwel de huurder bij de verhuurder het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat hij zijn aanspraak niet (meer) te gelde zal maken, dan wel de positie van de verhuurder onredelijk zou worden benadeeld of verzwaaard indien de aanspraak alsnog te gelde gemaakt zou worden. Enkel tijdsverloop is voor een beroep op rechtsverwerking onvoldoende.²¹

Afgezien van deze omstandigheden op grond waarvan een huurder geen succesvol beroep meer zal kunnen doen op vernietiging van een afwijkend beding, welke gronden een verhuurder – indien deze van toepassing zijn – zal kunnen aanvoeren, geldt dat het voor een verhuurder wellicht eenvoudiger zal zijn om – indien de huurder de vernietiging van een afwijkend beding heeft ingeroepen – alsnog om goedkeuring van dit beding te verzoeken bij de kantonrechter (art. 7:291 lid 2 BW). Bij arrest van 3 april 2015 heeft de Hoge Raad namelijk geoordeeld dat ook in het geval een afwijkend huurbeding door de huurder is vernietigd, goedkeuring van een afwijkend beding kan worden verkregen.²² Door de goedkeuring wordt het beding volgens de Hoge Raad alsnog rechtsgeldig.²³

19. Art. 3:55 lid 1 BW luidt: "De bevoegdheid om ter vernietiging van een rechtshandeling een beroep op een vernietigingsgrond te doen vervalt, wanneer hij aan wie deze bevoegdheid toekomt, de rechtshandeling heeft bevestigd, nadat de verjaringstermijn ter zake van de rechtsvordering tot vernietiging op die grond een aanvang heeft genomen."

20. Art. 3:55 lid 2 BW luidt: "Eveneens vervalt de bevoegdheid om een beroep op een vernietigingsgrond te doen, wanneer een onmiddellijk belanghebbende na de aanvang van de verjaringstermijn aan hem aan wie deze bevoegdheid toekomt een redelijke termijn heeft gesteld om te kiezen tussen bevestiging en vernietiging en deze binnen deze termijn geen keuze heeft gedaan."

21. Zie voor de vereisten voor een beroep op rechtsverwerking bijvoorbeeld HR 24 april 1998, NJ 1998, 621.

22. HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:823 (*Singh / Centre hotel*); TvHB 2015, 9 m.nt. F.C. Borst.

23. Zie voor een uitvoerige bespreking van dit arrest van de Hoge Raad onder meer het artikel van W. Lever in *Vastgoedrecht* 2015, nr. 3, p. 77-81.

Deze uitspraak is hier een voorbeeld van. In deze zaak wordt een afwijkend beding op verzoek van de verhuurder alsnog goedgekeurd. Evenwel verzoekt de verhuurder (De Stichting) in deze zaak subsidiair om goedkeuring van het afwijkende beding. Primair verzoekt zij om voor recht te verklaren dat de huurder (WE) geen beroep meer kan doen op vernietiging van art. 9.7 van de huurovereenkomst, nu de mededelingen van de gemachtigde van WE in de brief d.d. 17 maart 2015 een bevestiging zouden betreffen in de zin van art. 3:55 BW, de bevoegdheid tot (actieve) vernietiging zou zijn verjaard en dat WE haar recht om bij wijze van verweer een beroep te doen op vernietigbaarheid van het beding heeft verwerkt. Hierdoor zou volgens de Stichting art. 9.7 van de huurovereenkomst onaantastbaar zijn geworden. De rechtbank stelt vast dat tussen partijen in geschil is wat de toepassing van art. 9.7 van de huurovereenkomst betekent en dat derhalve de inhoud van de overeenkomst tussen partijen in geschil is. De rechtbank gaat mee in het standpunt van WE dat vaststelling van de inhoud van de overeenkomst buiten het bestek valt van een verzoekschriftprocedure als bedoeld in art. 7:291 lid 3 BW. Nu naar het oordeel van de rechtbank ook de vraag of sprake is van een bevestiging als bedoeld in art. 3:55 BW nauw samenhangt met de vraag wat de juiste inhoud is van art. 9.7 van de huurovereenkomst, zal ook deze vraag moeten worden beantwoord in een (eventuele) dagvaardingsprocedure die is gericht op huurprijsvaststelling. Aan de ontvankelijkheid van het goedkeuringsverzoek staat de inhoud van de brief van 17 maart 2015 van de (toenmalige) gemachtigde van WE niet in de weg, "gelet op het feit dat daarin uitdrukkelijk tot uitgangspunt wordt genomen dat de bepalingen van art. 9.7 ten gunste van huurder afwijken van art. 7:303 BW", aan twijfel onderhevig is" of de brief zo mag worden uitgelegd dat daarin wordt bedoeld te bevestigen dat alle bepalingen van art. 7:303 BW ter zijde dienen te worden gesteld (...)." Om dezelfde reden staat volgens de rechter niet vast dat de brief van 17 maart 2015 in de weg staat aan een (verwerend) beroep op de vernietigbaarheid van art. 9.7 van de huurovereenkomst in een (eventuele) dagvaardingprocedure gericht op huurprijsvaststelling. De rechtbank wijst het primaire verzoek van de Stichting dan ook af.

Het oordeel van de rechtbank dat (per definitie) de vaststelling van de inhoud van de overeenkomst buiten het bestek van een verzoekschriftprocedure als bedoeld in art. 7:291 lid 3 BW valt, lijkt mij wat kort door de bocht. Bij de beoordeling van een verzoek tot goedkeuring van een afwijkend beding op grond van voornoemd artikel zal de rechter immers (doorgaans²⁴) toetsen of het beding waar-

24. In de jurisprudentie na 2009 worden de twee voorwaarden uit hoofde van art. 7:291 lid 3 BW doorgaans in onderlinge samenhang gezien. In de jurisprudentie van vóór 2009 worden de twee voorwaarden uit hoofde van voornoemd artikel doorgaans als alternatief beschouwd en wordt regelmatig goedkeuring aan een afwijkend beding verleend, zonder dat wordt getoetst

voor goedkeuring wordt verzocht, de rechten van de huurder niet wezenlijk aantast.²⁵ Teneinde te kunnen beoordelen of het beding de rechten van de huurder niet wezenlijk aantast, zal de rechter ook acht dienen te slaan op de overige bepalingen van de huurovereenkomst teneinde de gevolgen van het afwijkende beding voor de huurder in het kader van de huurovereenkomst te kunnen beoordelen. Zo zal de rechter doorgaans ook kijken naar de reden waarom partijen een afwijkend beding zijn overeengekomen.

Voorts lijkt de brief d.d. 17 maart 2015 van de gemachtigde van WE in beginsel een bevestiging als bedoeld in art. 3:55 BW te bevatten, nu daarin expliciet staat dat de procedure van art. 9.7 van de huurovereenkomst dient te worden gevolgd. Een escape voor WE was evenwel dat in diezelfde brief stond dat die regeling ten gunste van WE zou afwijken van art. 7:303 BW, hetgeen niet het geval bleek te zijn. Daarmee kon WE onder de gevolgen van art. 3:55 BW uitkomen. Indien deze tegenstrijdigheid niet in de brief zou hebben gestaan, maar (de gemachtigde van) WE zich slechts erop zou hebben beroepen dat de procedure van art. 9.7 van de huurovereenkomst gevolgd zou dienen te worden, zou de kans mijns inziens groter zijn geweest dat het beroep van de Stichting op art. 3:55 BW wel succesvol zou zijn geweest. In dit geval zou WE zich immers zelf expliciet op het beding van art. 9.7 hebben beroepen en dit beding hebben bevestigd, zonder op (haar visie van) de uitleg van het beding in te gaan. Desalniettemin had WE dan nog de inhoud en strekking van het beding aan de orde kunnen stellen, waarmee het alsnog de vraag zou zijn of dit beding art. 7:303 BW buiten toepassing verklaart. Dat voorts het beroep op actieve vernietiging zou zijn verjaard, blijkt in de praktijk doorgaans een lastig haalbaar standpunt, nu dit de vraag opwerpt wanneer de verjaringstermijn is aangevangen. Ingevolge art. 3:52 lid 1 onderdeel d BW betreft dit drie jaar nadat de bevoegdheid om de vernietigingsgrond in te roepen, aan degene aan wie deze bevoegdheid toekomt, ten dienste is komen te staan. De Hoge Raad heeft in zijn arrest d.d. 9 augustus 2013 overwogen dat met de woorden 'ten dienste is komen te staan' is bedoeld te bewerkstelligen dat de verjaring een aanvang neemt zodra de partij die een beroep op vernietigbaarheid toekomt, die bevoegdheid daadwerkelijk kan uitoefenen.²⁶ Indien de vernietigbaarheid slechts een enkel beding van de overeenkomst raakt en de overeenkomst niet met zoveel woorden het vernietigbare beding

inhoudt, moet worden onderzocht of de partij die de vernietigbaarheid inroept, reeds in een eerder stadium dan het moment waarop de andere partij zich op het beding beriep, de vernietigingsbevoegdheid daadwerkelijk kon uitoefenen. Discutabel blijft derhalve op welk moment de bevoegdheid om de vernietigingsgrond in te roepen aan de huurder 'ten dienste is komen te staan'. Hoewel uit voornoemd arrest van de Hoge Raad zou kunnen worden afgeleid dat dit voor een huurder van 290-bedrijfsruimte gedurende drie jaar na aanvang van de huurovereenkomst is, staat dit niet vast. Een beroep op vernietiging bij wijze van verweer in een procedure, is op grond van art. 3:53 lid 3 BW altijd mogelijk. In deze zaak deed de gemachtigde van WE evenwel een beroep op vernietiging van art. 9.7 van de huurovereenkomst buiten rechte. De Stichting meent dat WE haar recht om bij wijze van verweer in rechte een beroep op vernietiging te doen heeft verwerkt. In rechte doet WE echter geen beroep meer op vernietiging van het afwijkende beding, maar beroept zij zich op een andere uitleg van het beding. Indien WE zich in rechte wel zou hebben beroepen op vernietiging van het afwijkende beding, is het de vraag of het beroep van de Stichting op verwerking van het recht van WE daartoe, zou zijn geslaagd. De Stichting meende kennelijk dat dit het geval was, nu door de mededeling van WE in haar brief d.d. 17 maart 2015 dat de procedure van art. 9.7 van de huurovereenkomst gevolgd diende te worden, bij haar het gerechtvaardigde vertrouwen zou zijn gewekt dat WE het beding niet meer zou vernietigen. Het is de vraag of met de brief d.d. 17 maart 2015 daadwerkelijk dit vertrouwen is gewekt, nu in die brief tevens staat dat WE meent dat de regeling van art. 9.7 ten gunste van de huurder afwijkt van de wettelijke regeling (ex art. 7:303 BW). Uit het enkele feit dat de Stichting er waarschijnlijk van op de hoogte was dat een aanpassing aan de markthuur minder gunstig zou zijn voor WE, dan een aanpassing van de huurprijs op grond van het gemiddelde van huurprijzen van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse die zich hebben voorgedaan in een tijdvak van vijf jaren voorafgaand aan de dag van het instellen van de vordering ex art. 7:303 BW, zou kunnen worden afgeleid dat dit gerechtvaardigde vertrouwen niet daadwerkelijk bij de Stichting kan zijn gewekt. Hoewel voornoemde instrumenten nog steeds van belang zijn, heeft de Hoge Raad met zijn arrest van 3 april 2015 een extra instrument aan de verhuurder gegeven, doordat alsnog goedkeuring van een vernietigd afwijkend beding kan worden verzocht en verkregen.

Doordat het primaire verzoek van de Stichting wordt afgewezen, komt de rechtbank in deze zaak toe aan het subsidiaire verzoek van de Stichting tot goedkeuring van het afwijkende beding, welke goedkeuring de rechtbank verleent.²⁷ Het sub-

of de rechten van de huurder niet wezenlijk worden aangetast. Zie in dit kader het artikel van A. de Fouw, K. Keij en A. Sinnige, 'De toepassing van goedkeuringgronden bij afwijkende bedingen', *TvHB* 2015, nr. 1, p. 10-14.

25. Zie in dit kader NnavV, *Kamerstukken II* 2000/01, 26 932, nr. 5, p. 6; het beding mag de dwingendrechtelijke bescherming van de huurder niet in haar wezen aantasten.

26. HR 9 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9951 (*Gulf / Stern*).

27. In deze noot worden de vereisten voor goedkeuring van een afwijkend beding ex art. 7:291 lid 3 BW verder buiten beschouwing gelaten. Zie hiervoor het artikel van A. de Fouw, K. Keij en A. Sinnige, 'De toepassing

sidaire verzoek van de Stichting wordt derhalve toegewezen. Zoals ook uit deze zaak volgt, kan dit extra instrument de verhuurder soelaas bieden. In het licht van het voornoemde arrest van de Hoge Raad was het wellicht eenvoudiger geweest indien de Stichting primair om goedkeuring van het afwijkende beding had verzocht, nu de vraag of een huurder al dan niet een beroep op vernietiging heeft kunnen c.q. kan doen – zoals ook uit deze zaak blijkt – wellicht niet eenvoudig te beantwoorden zal zijn en deze vraag niet meer relevant is indien de rechter alsnog goedkeuring aan het beding verleent. Indien de kans aanzienlijk is dat goedkeuring aan een afwijkend beding zal worden verleend, ligt het wat mij betreft dan ook in de rede om in eerste instantie alsnog goedkeuring te vragen.

K. Keij²⁸

TvHB 2016/24

**Rechtbank Midden-Nederland, sector kanton,
locatie Amersfoort (kort geding)
10 augustus 2016
ECLI:NL:RBMNE:2016:4511**

Samenvatting

Beëindiging, kwalificatie, doorwerking woonregime onderhuur op hoofdhuurrelatie

Verhuurder heeft aan de huurder een bedrijfsruimte verhuurd. De bedrijfsruimte is bestemd om te worden gebruikt als kamerverhuurbedrijf. De huurder heeft in het gehuurde twee zelfstandige en zeven onzelfstandige woningen gerealiseerd en heeft deze woningen onderverhuurd. In mei 2016 overlijdt de huurder. De verhuurder stelt daarop dat, gelet op het Zonshofje I arrest van de Hoge Raad, op de hoofdhuurovereenkomst het woonruimte-recht van toepassing is. Daarom is volgens de verhuurder op grond van art. 7:268 lid 6 BW de hoofdhuurovereenkomst geëindigd, nu er geen partijen zijn die de huurovereenkomst krachtens dit artikel kunnen voortzetten. De rechtbank oordeelt dat de verhuurder een te ruime uitleg van het Zonshofje I arrest voorstaat. Het Zonshofje I arrest strekt tot bescherming van de belangen van de onderhuurders van de woonruimte. Nu aan de belangen van de onderhuurders juist afbreuk zou worden gedaan als de hoofdverhuurder in dit geval een beroep zou kunnen doen op het huurregime voor woonruimte, brengt het Zonshofje I arrest in dit geval niet mee dat de hoofdverhuurder een beroep kan doen op art. 7:268 lid 6 BW. Het algemene art. 7:229 BW is van toepassing, waarin is geregeld dat de dood van de huurder de huurovereenkomst niet doet eindigen.

van goedkeuringsgronden bij afwijkende bedingen, TvHB 2015, nr. 1, p. 10-14.

28. Katja Keij is werkzaam als advocaat bij BRICKS advocaten te Amsterdam.

Voorzieningenrechter

de besloten vennootschap [eiseres],
gevestigd te [vestigingsplaats],
verder ook te noemen [eiseres],
gemachtigde: mr. J.P. Brinkman,
tegen:

1. *de gezamenlijke erfgenamen van wijlen de heer [A]*,
waaronder in ieder geval [gedaagde sub 1],
wonende te [woonplaats],
2. *[gedaagde sub 2]*,
wonende te [woonplaats],
verder ook te noemen [gedaagden],
gemachtigde: mr. H.A. Dragstra
(...)

2 De feiten

2.1. [gedaagde sub 1] is de weduwe van de op 6 mei 2016 overleden heer [A] (hierna: [A]). [gedaagde sub 2] is de schoonzoon van [A] en de executeur testamentair.

2.2. Medio oktober 1988 heeft [A] aan Gako Holding B.V. (hierna: Gako) verkocht het winkelpand gelegen aan de [adres] te [vestigingsplaats] (hierna: het pand). Bij huurovereenkomst van dezelfde datum heeft [A] van Gako gehuurd de eerste, tweede, derde en vierde verdieping van dat pand. Partijen zijn daarbij een huurtermijn van 10 jaar overeengekomen, met een aan [A] toegekende verlengingsmogelijkheid van drie keer tien jaar. De overeengekomen bestemming van het gehuurde betrof 'kamerverhuurbedrijf ten behoeve van permanente bewoners en kantoorruimte'. [A] heeft daarop in het gehuurde twee zelfstandige woningen en zeven onzelfstandige woningen gerealiseerd, die door hem werden onderverhuurd.

2.3. [A] en Gako zijn een aanvangshuur van f 4.000,00 per jaar overeengekomen. Voorts zijn zij overeengekomen dat de huur jaarlijks wordt geïndexeerd aan de hand van het indexcijfer voor de gezinsconsumptie. Na een periode van twintig jaar, dus per 8 januari 2008, waren huurder en verhuurder bevoegd om herziening van de huurprijs te verlangen. Een dergelijke herziening heeft niet plaatsgevonden. De huurprijs bedroeg laatstelijk € 270,37 per maand.

2.4. Op 30 november 2001 heeft Geko het pand geleverd aan [eiseres], die daarmee verhuurder van [A] is geworden.

3 Het geschil

3.1. [eiseres] vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, samengevat, [gedaagden]:

- te verbieden inbreuk te maken op het eigendomsrecht van [eiseres];
- te veroordelen het pand (voor zover door [eiseres] gewenst) te ontruimen;
- te veroordelen mee te werken aan de overdracht van de onderhuurovereenkomsten;
- te veroordelen tot betaling van wat zij per 1 augustus 2016 uit hoofde van onderhuur zullen ontvangen;
- te veroordelen tot betaling van een voorschot op de schade ter hoogte van € 50.000,00,