

## 18. Gerechtshof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem

14 februari 2012 (tussenbeschikking) en 28 juni 2013 (eindbeschikking)

ECLI:NL:GHARN:2012:3857 en

ECLI:NL:GHARL:2013:4995

Insinger c.s. / Tankstation Biltseweg Baarn B.V.

### Samenvatting

*Afwijkende bedingen, verjaring*

Er is sprake van een huurovereenkomst, aangegaan in 1999, met betrekking tot een motorbrandstoffenverkoop punt (art. 7:290 BW). In de huurovereenkomst is bepaald dat de huurovereenkomst na vijftien jaar van rechtswege eindigt. Voorts is bepaald dat partijen aan de kantonrechter goedkeuring voor een afwijkend beding zullen verzoeken. Dat verzoek doet de verhuurder pas na elf jaar. De huurder beroept zich op vernietiging van het afwijkend beding. Het beroep op vernietiging wordt in eerste aanleg en in hoger beroep verworpen gelet op het bepaald in art. 3:51 lid sub d BW (de drie jaar termijn voor vernietiging). Na een bewijsopdracht en getuigenbewijs verleent het gerechtshof goedkeuring op basis van art. 7:291 BW.

### Gerechtshof (14 februari 2012; tussenbeschikking)

1. E.P. Insinger,

wonende te Baarn,  
en

2. A.A.E.C. Endt-Insinger,

wonende te Dhaka, Bangladesh,  
appellanten,

advocaat: mr. D.J.A. van den Berg,  
tegen

Tankstation Biltseweg Baarn B.V.,  
gevestigd te Baarn,

verweerster in hoger beroep,

advocaat: mr. C.J.M. Stubenrouch,  
(...)

#### 1. Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van de beschikking van 8 maart 2011 die de rechtbank Utrecht, sector Familie & Toezicht, locatie Utrecht (hierna: de kantonrechter) tussen appellanten in hoger beroep (hierna ook te noemen: Insinger c.s.) als verzoekers en verweerster in hoger beroep (hierna ook te noemen: TBB) als verweerster heeft gewezen; van die beschikking is een fotokopie aan dit arrest gehecht.

#### 2 Het geding in hoger beroep

2.1 Bij beroepschrift, ingekomen ter griffie op 7 juni 2011, zijn Insinger c.s. tegen deze beschikking in hoger beroep gekomen, hebben zij daartegen vier grieven aangevoerd, bewijs aangeboden en verzocht de bestreden beschikking te vernietigen en bij beschikking, voor zover mogelijk uit-

voerbaar bij voorraad, alsnog goed te keuren de bepalingen van de artikelen 1.2 en 1.3 van de huurovereenkomst d.d. 2 juni 1999 met betrekking tot het dubbelzijdige motorbrandstoffenverkoop punt staande en gelegen te [plaats] langs de [adres], met veroordeling van TBB in de kosten van de procedure in beide instanties.

2.2 Bij verweerschrift in hoger beroep heeft TBB verweer gevoerd en het hof verzocht de bestreden beschikking te bekrachtigen, met afwijzing van het hoger beroep / verzoek tot goedkeuring van de bedoelde afwijkende bedingen.

2.3 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 7 november 2011. Bij die gelegenheid hebben partijen de zaak doen bepleiten, Insinger c.s. door mr. Van den Berg voornoemd, advocaat te Den Haag en TBB door mr. Stubenrauch voornoemd, advocaat te Rotterdam; beiden hebben daarbij pleitnotities in het geding gebracht.

2.4 Vervolgens heeft het hof beschikking bepaald.

### 3 De vaststaande feiten

Tussen partijen staan in hoger beroep als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende weersproken en op grond van de in zoverre niet bestreden inhoud van overgelegde producties de navolgende feiten vast.

3.1 Bij schriftelijke overeenkomst d.d. 2 juni 1999 hebben Insinger c.s. aan TBB (destijds nog een vennootschap in oprichting) een zogenaamd tweezijdig motorbrandstoffenverkoop punt aan de [adres] te [plaats], gelegen op het [plaats3] aldaar, verhuurd ter exploitatie daarvan.

3.2 Met betrekking tot de duur en opzegging van de huurovereenkomst is daarin het volgende bepaald:

*“1.2 De huur geldt voor vijftien jaar met ingang van 1/9/99. De huur eindigt derhalve op 31/8/2014. Partijen zullen aan de Kantonrechter verzoeken deze en de volgende bepaling op de voet van het bepaalde in artikel 7A.1629 BW goed te keuren. Huurder machtigt verhuurder mede namens haar het betreffende verzoek in te dienen.*

*1.3 Met het oog op de beëindiging per 31/8/2014 te 24.00 uur is geen opzegging vereist. De beëindiging per genoemd tijdstip geldt van rechtswege.”*

3.3 De aandelen in TBB zijn nadien overgedragen aan [C].

3.4 In 2008 heeft TBB in rechte verzocht om de in de plaatsstelling ten gunste van [C]. In reconventie hebben Insinger c.s. primair de ontbinding van de huurovereenkomst op grond van wanprestatie verzocht en subsidiair een verklaring voor recht dat de huurovereenkomst op 31 augustus 2014 zal eindigen als gevolg van de opzegging van 29 mei 2008 met als opzeggingsgrond “dringend eigen gebruik” en “slecht huurderschap van TBB”. De vorderingen zijn bij vonnis van de rechtbank Utrecht, sector kanton, locatie Amersfoort van 22 september 2010 over en weer afgevoerd; ter zake is hoger beroep ingesteld.

zijn dat de verjaringstermijn gaat lopen op het moment dat de huurder kennis heeft gekregen van het afwijkende beding en die dit vervolgens voor verschillende situaties invullen. De A-G verwijst voorts naar een uitspraak van de Kantonrechter te Delft van 13 oktober 2011 (*TvHB* 2012, nr. 2, p. 96-98, m.nt. E.D. den Engelsman) als voorbeeld van een situatie waarbij de huurder reeds bij aanvang van de huurovereenkomst ermee bekend was dat sprake was van een afwijkend beding.

3.5 Bij brief van 25 januari 2011 schrijft TBB aan Insinger c.s. de artikelen 1.2 en 1.3 van de huurovereenkomst buitengerechtelijk te vernietigen (zie productie 2 verzoekschrift eerste aanleg).

#### 4 De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1 In eerste aanleg hebben Insinger c.s. verzocht om goedkeuring als bedoeld in artikel 7:291 BW van de hiervoor onder 3.2 weergegeven bedingen.

4.2 TBB heeft primair als verweer gevoerd dat Insinger c.s. niet-ontvankelijk verklaard dienden te worden in hun verzoek. Daartoe voerde zij aan dat zij het geheel niet eens was met het verzoek tot goedkeuring en om die reden bij brief van 25 januari 2011 buitengerechtelijk de vernietiging van de bewuste bedingen had ingeroepen, zodat Insinger c.s. haars inziens niet langer ontvankelijk waren in hun verzoek; subsidiair diende het verzoek haars inziens te worden afgewezen, onder meer omdat dit was verjaard, omdat onder het oude recht geen mogelijkheid bestond om goedkeuring van de (derhalve nietige) afwijkende bedingen te verzoeken en de belangenafweging in het voordeel van TBB diende uit te vallen.

4.3 De kantonrechter heeft TBB gevolgd in die zin dat hij het verzoek van Insinger c.s. tot goedkeuring van de bedoelde afwijkende bedingen heeft afgewezen, met veroordeling van Insinger c.s. in de proceskosten. Na vooropstelling dat TBB met haar buitengerechtelijke vernietiging gezien het bepaalde in artikel 3:51 lid 1 sub d BW te laat was, legde de kantonrechter aan zijn afwijzing kortweg ten grondslag dat Insinger c.s. onvoldoende hadden gesteld voor de conclusie dat sprake zou zijn van een situatie waarin de maatschappelijke positie van TBB als huurder in vergelijking met die van hen als verhuurder zodanig zou zijn, dat TBB de bescherming van de wettelijke bepalingen betreffende de huur van bedrijfsruimte in redelijkheid niet zou behoeven. Voorts oordeelde hij dat in dit geval met de afwijkende bepalingen een te vergaande aantasting van de rechten van TBB is gegeven.

4.4 Tegen die afwijzing komen Insinger c.s. met hun beroepschrift op.

De grieven 1 en 2 betreffen het oordeel van de kantonrechter dat er door Insinger c.s. onvoldoende is gesteld dat er sprake is van een situatie waarin de maatschappelijke positie van de huurder, in dit geval TBB, in verhouding tot die van de verhuurder zodanig is dat de huurder de bescherming van de wettelijke bepalingen betreffende de huur van bedrijfsruimte in redelijkheid niet behoeft en diens overweging dat het feit dat de aandelen in TBB inmiddels in handen zijn van [C] niet relevant is, omdat TBB huurder is en daarmee haar maatschappelijke positie (en niet die van [C]) beoordeeld dient te worden.

De grieven 3 en 4 richten zich kortweg tegen het oordeel van de kantonrechter dat met goedkeuring van de bedingen een te ver gaande aantasting van TBB's rechten zou zijn gegeven, nu zij als gevolg daarvan niet langer de mogelijkheid zou hebben om door de rechter te laten toetsen of Insinger c.s. in redelijkheid van hun (opzeg-)bevoegdheid gebruik maken. De kantonrechter acht deze mogelijkheid temeer van belang, omdat geen sprake is van een gemeenschappelijk verzoek, er geruime tijd na het aangaan van de overeenkomst is verstreken en TBB fel verweer voert.

De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

4.5 Partijen hebben in hun huurovereenkomst ten aanzien van de duur van de huurovereenkomst en het einde daarvan,

zoals hiervoor onder 3.2 reeds werd overwogen, de navolgende afspraken gemaakt:

*“1.2 De huur geldt voor vijftien jaar met ingang van 1/9/99. De huur eindigt derhalve op 31/8/2014. Partijen zullen aan de Kantonrechter verzoeken deze en de volgende bepaling op de voet van het bepaalde in artikel 7A.1629 BW goed te keuren. Huurder machtigt verhuurder mede namens haar het betreffende verzoek in te dienen.*

*1.3 Met het oog op de beëindiging per 31/8/2014 te 24.00 uur is geen opzegging vereist. De beëindiging per genoemd tijdstip geldt van rechtswege.”*

4.6 In die bedingen, met name in het onder 1.3 bedoelde beding, is een afwijking van de huurbescherming te onderscheiden:

- a. een afwijking van de in artikel 7:300 lid 2 juncto artikel 293 leden 2 en 3 en 294 BW gegeven opzegbescherming;
- b. een afwijking van de overeenkomstige toepasselijkheid van de artikelen 295 tot en met 299 BW (vgl. artikel 7:300 lid 3 BW).

Die bepalingen hebben volgens het toepasselijke Overgangsrecht onmiddellijke werking.

4.7 In tegenstelling tot artikel 7A:1629 BW (oud), waarin de mogelijkheid goedkeuring te vragen beperkt was tot huurovereenkomsten met een duur van “korter dan tien jaar”, geldt artikel 7:291 lid 2 e.v. BW ook voor overeenkomsten met een langere duur dan de eerste tien jaar. Ook laatstgenoemde bepaling heeft volgens het toepasselijke Overgangsrecht onmiddellijke werking.

4.8 Insinger c.s. hebben het in artikel 1.2 van de huurovereenkomst bedoelde verzoek ingediend op 9 november 2010. De wet verbiedt niet dat goedkeuring wordt verzocht nadat de huurovereenkomst is aangegaan en stelt aan de indiening ervan geen termijn. Enkel tijdsverloop maakt een beroep op de tussen partijen gemaakte afspraak niet naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Artikel 3:307 BW is, anders dan TBB aanvoert, ter zake niet van toepassing, nu het hier niet gaat om een rechtsvordering tot nakoming.

4.9 De rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling in een geval als het onderhavige verjaart drie jaren nadat de bevoegdheid om de vernietiging in te roepen aan de gene aan wie de bevoegdheid toekomt, ten dienste is komen te staan (vgl. artikel 3:52 lid sub d BW). Met haar buitengerechtelijke vernietiging was TBB, zoals de kantonrechter reeds heeft overwogen, dus te laat.

4.10 Voor zover TBB over de hiervoor (onder 4.8 en 4.9) bedoelde onderwerpen gronden tegen in de bestreden beslissing opgenomen rechtsoordelen heeft geformuleerd, die als verkapte grieven zouden kunnen worden aangemerkt, treffen deze geen doel. Daarom zal het hof Insinger c.s. niet (nogmaals) in de gelegenheid stellen zich hierover uit te laten. Insinger c.s. heeft hierbij geen in rechte te respecteren belang. In ieder geval voor het overige formuleert TBB geen, althans onvoldoende duidelijk, gronden waaruit blijkt dat zij zelf in hoger beroep wil opkomen tegen in het bestreden vonnis opgenomen beslissingen.

4.11 Nu in het bijzonder het in artikel 1.3 opgenomen beding afwijkt van de wet (zie hiervoor onder 4.6), zal het hof volgens artikel 7:291 lid 3 BW beoordelen of goedkeuring van de afwijkende bedingen, als verzocht, kan worden gegeven. Daarvan zal alleen sprake zijn, indien:

- deze de rechten die de huurder aan deze afdeling ontleent, niet wezenlijk aantasten of

- de maatschappelijke positie van de huurder in vergelijking met die van de verhuurder zodanig is dat hij de bescherming van de onderhavige afdeling (Afdeling 6 van Boek 7) in redelijkheid niet behoeft.

4.12 Voor zover de afwijkende bedingen leiden tot uitsluiting van de rechterlijke tussenkomst bij het einde van de huurovereenkomst, vormen deze een 'wezenlijke aantasting' van het huurrecht van TBB, ook al is de huurovereenkomst aangegaan voor een huurtermijn die vijf jaar langer is dan toen en ook nu gebruikelijk.

Dit laat echter onverlet dat de maatschappelijke positie van TBB in vergelijking met die van Insinger c.s., gezien alle feiten en omstandigheden van het geval, zodanig kan zijn dat zij de (huur)bescherming in redelijkheid niet behoeft. Goedkeuring van de desbetreffende bedingen zal dan kunnen worden verleend.

4.13 Het geschil spitst zich dan ook toe op de vraag of de maatschappelijke positie van TBB in vergelijking met die van Insinger c.s. zodanig is dat zij de wettelijke huurbescherming in redelijkheid niet behoeft, welke vraag moet worden beoordeeld naar het moment dat het beding werd overeengekomen.

De huurovereenkomst tussen partijen is, naar tussen hen vaststaat, aangegaan tussen Insinger c.s. en TBB i.o., vertegenwoordigd door [D] (hierna: [D]).

Ten gunste van een bevestigende beantwoording van de zojuist bedoelde vraag hebben Insinger c.s. onder meer gesteld, dat partijen destijds gelijkwaardig waren en meer in het bijzonder dat [D], anders dan zichzelf, ruime ervaring had met huur en exploitatie van benzinstations en in die fase al met raad en daad terzijde werd gestaan door [C].

Door Insinger c.s. is voorts gesteld dat het [D] is geweest die een huurperiode van 10 jaar tekort vond maar wel uit de voeten kon met een periode van 15 jaar. De termijn van 15 jaar werd, zo voeren zij aan, door [D] voorgesteld en aanvaard door Insinger c.s. TBB heeft het voorgaande betwist en daaraan toegevoegd dat de afwijkende bedingen als zodanig destijds op initiatief van Insinger c.s. in de huurovereenkomst zijn opgenomen.

Insinger c.s., op wie ter zake overeenkomstig de hoofdregel van artikel 150 Rv de bewijslast rust, hebben getuigenbewijs van hun stellingen aangeboden inclusief de gesprekken die zij in 1999 met [D] over de sluiting van de overeenkomst hebben gevoerd.

Het hof zal Insinger c.s. derhalve in de gelegenheid stellen tot het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de maatschappelijke positie van TBB in vergelijking met die van Insinger c.s. bij het aangaan van de overeenkomst zodanig was, dat zij de wettelijke huurbescherming in redelijkheid niet behoeft.

4.14 In afwachting van de bewijslevering zal het hof iedere verdere beslissing aanhouden.

#### 4 (5?) Slotsom

Het hof zal Insinger c.s. in de gelegenheid stellen tot het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de maatschappelijke positie van TBB in vergelijking met die van Insinger c.s. bij het aangaan van de overeenkomst zodanig was, dat zij de wettelijke huurbescherming in redelijkheid niet behoeft.

Het hof zal iedere verdere beslissing aanhouden.

#### 5 (6?) De beslissing

Het hof, beschikkende in hoger beroep:

laat Insinger c.s. toe tot het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de maatschappelijke positie van TBB in vergelijking met die van Insinger c.s. bij het aangaan van de overeenkomst zodanig was, dat zij de wettelijke huurbescherming in redelijkheid niet behoeft.

(...)

houdt verder iedere beslissing aan.

Deze beschikking is gegeven door mrs. L.F. Wiggers-Rust, M.J.G.M. Stienissen en D. Stoutjesdijk en is in tegenwoordigheid van de griffier uitgesproken ter openbare terechtzitting van 14 februari 2012.

#### Gerechtshof (28 juni 2013; eindbeschikking)

(...)

##### 1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1 Het hof neemt de inhoud van zijn tussenbeschikking van 14 februari 2012 (hierna: de tussenbeschikking) hier over.

1.2 Ingevolge de tussenbeschikking hebben Insinger c.s. op 22 mei 2012 twee getuigen en op 4 december 2012 één getuige in enquête doen horen. TBB heeft op 4 december 2012 twee getuigen in contra-enquête doen horen. De hiervan opgemaakte processen-verbaal bevinden zich in afschrift bij de stukken. Voorafgaand daaraan hebben Insinger c.s. bij brief van 9 mei 2002 een map met 26 producties in het geding gebracht. Na de getuigenverhoren hebben Insinger c.s. een memorie na enquête en TBB een (antwoord)memorie na enquête en contra-enquête genomen.

1.3 Vervolgens heeft het hof uitspraak bepaald.

##### 2. De verdere motivering van de beslissing in hoger beroep

2.1 In de tussenbeschikking heeft het hof Insinger c.s. in de gelegenheid gesteld tot het leveren van bewijs van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de maatschappelijke positie van TBB in vergelijking met die van Insinger c.s. bij het aangaan van de overeenkomst zodanig was, dat zij de wettelijke huurbescherming in redelijkheid niet behoeft.

2.2 In totaal zijn vijf getuigen gehoord: drie getuigen namens Insinger c.s. in enquête, namelijk:

- E.P. Insinger, zzp'er personeeladvies, voorheen headhunter en daarvoor werkzaam bij een bank, hierna: Insinger;
- P.J. Joore, adviseur sinds 1992, voordien verkoop directeur bij Total Nederland, hierna: Joore en

- V.Q.G. Pouw, zelfstandig ondernemer (benzinebranche), hierna: Pouw,

en twee getuigen namens TBB in contra-enquête, namelijk:

- A. Miedema, statutair directeur van ENVIEM Holding B.V., hierna: Miedema en

- J.P. Offringa, voorheen directeur van TBB, naast andere vennootschappen waaronder de Holding, hierna: Offringa.

(Verklaring Insinger)

(...)

(Verklaring Offringa)

(...)

##### (Bewijswaardering)

2.7 Uit de verklaringen van Insinger en Offringa (hiervoor weergegeven onder 2.3 en 2.5) leidt het hof af dat partijen in die zin gelijkwaardig waren dat beiden, ieder vanuit de eigen positie, zich in verband met de totstandkoming van de huurovereenkomst ter aanvulling van henzelf op verschil-

lend terrein ontbrekende kennis dan wel ervaring door professionals, ook in juridische zin, lieten bijstaan.

Voor Insinger gaat het in verband met de huurovereenkomst om Joore en mr. Pels Rijcken; Van Dasselaar stond daar, naar ook uit de verklaring van Offringa blijkt, in zoverre buiten. Voor Offringa ging het daarbij volgens zijn herhaalde verklaring ter gelegenheid van het getuigenverhoor, behalve om zijn accountant en advocaat, om (het kantoor van) notaris Warmerdam. Gelet op de herhaling in die verklaring zal het hof voorbij gaan aan de stelling van TBB bij (antwoord)memorie na enquête en contra-enquête, dat de bijstand van de accountant en de advocaat (slechts) andere situaties betrof. De onderhandelingen werden tussen Joore en Offringa gevoerd. Offringa zelf had volgens zijn verklaring, anders dan Insinger, ook ruime ervaring met de verweving van tankstations in de huur en in koop, naast de exploitatie daarvan. Insinger daartegenover had, anders dan Offringa, een academische opleiding. Naar Offringa echter heeft verklaard was hij zich van zijn lage opleiding bewust en stak hij daarom steeds zijn licht op bij anderen.

In zoverre staan de verklaringen van Insinger en Offringa ook niet tegenover elkaar.

Overigens worden de zakelijke deskundigheid van Offringa en zijn ervaring als onderhandelaar ook bevestigd in de verklaringen van Joore, Miedema en Pouw.

Offringa bleek volgens Joore een ervaren onderhandelaar.

Uit de vragen die hij stelde kon hij afleiden dat Offringa ter zake kundig was. Bij de verkoop van TBB aan Gulf kwam Offringa op Miedema over als iemand die wel weet waar het om gaat. Pouw ten slotte, die voor A.I.R. Holdings N.V. betrokken was bij de aankoop van 7 benzinestations van Offringa inclusief de vennootschappen waarin deze werden geëxploiteerd, verklaarde:

*“Jaap Offringa kwam mij voor als goed ingevoerd in de branche, zowel waar het LOP als benzine betrof. Ook bleek hij mij geen onbekende in de branche. Offringa was thuis op het gebied van de totale markt en ook op het gebied van onroerend goed: hij wist precies wat hij verkocht.”*

2.8 Wat betreft de duur van de huurovereenkomst kan uit de verklaring van Insinger (hiervoor weergegeven onder 2.4) volgen dat het Offringa is geweest die een huurperiode van 10 jaar te kort vond maar wel uit de voeten kon met een periode van 15 jaar.

Joore bevestigde in zijn verklaring dat de termijn aanvankelijk 10 jaar was, maar dat Offringa 15 jaar wilde en dat Insinger en hij dat ook redelijk vonden in verband met de termijn die nodig zou zijn voor het afschrijven van investeringen. Zij hebben die wens van Offringa dus ingewilligd. Over die termijn van 15 jaar is dus expliciet gesproken.

In feite wordt het voorgaande op zichzelf niet althans niet uitdrukkelijk weersproken door Offringa in zijn verklaring (hiervoor weergegeven onder 2.6). De herkomst van de termijn van 15 jaar in die zin dat de termijn van 15 jaar langer is dan die van 10 jaar weet hij niet meer. Hij heeft uitsluitend die termijn van 15 jaar voor ogen, waarvoor hij ook heeft getekend.

2.9 Wat betreft het einde van de huurovereenkomst heeft Insinger uitdrukkelijk verklaard (hiervoor weergegeven onder 2.4) dat het contract na de periode van 15 jaar zou eindigen, zoals ook in het contract is opgenomen. Offringa daarentegen heeft verklaard (hiervoor weergegeven onder 2.6) dat de huurovereenkomst daarna zou doorlopen. Joore had hem, aldus zijn verklaring, gezegd dat er in het contract wel een ter-

mijn moest komen, maar dat hij daaraan niet te zwaar moest tillen. Uit het overleg met hem heeft Offringa opgemaakt dat het contract daarna zou doorlopen. Insinger betwist dit blijkens zijn getuigeverklaring uitdrukkelijk en vraagt zich af, waarom Offringa, als het zo zou zijn als hij stelt, dat niet in het contract heeft laten zetten, temeer nu daarin naar zijn mening het tegenovergestelde is verwoord.

2.10 Nu Insinger moet worden aangemerkt als partijgetuige en de bewijslast op Insinger c.s. rust, geldt ten aanzien van zijn verklaring ingevolge artikel 164, tweede lid van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) dat deze geen bewijs is in het voordeel van Insinger c.s. omtrent door hen te bewijzen feiten kan opleveren, tenzij de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs. Daarvan is sprake indien er aanvullende bewijzen voorhanden zijn die zodanig sterk zijn en zodanig essentiële punten betreffen dat zij de partijgetuigenverklaring voldoende geloofwaardig maken.

Ten aanzien van de gelijkwaardigheid van partijen en de duur van de overeenkomst zijn deze bewijzen, zoals uit het voorgaande reeds blijkt, behalve in de verklaring van Offringa zelf, voorhanden in de verklaringen van Joore, Miedema en Pouw onderscheidenlijk in de verklaring van Joore. Nu de verklaringen van Miedema en Pouw daarover geen informatie bevatten, is de vraag derhalve vooral of de verklaring van Joore, die de onderhandelingen namens Insinger met Offringa heeft gevoerd, eventueel in combinatie met de tekst van de overeenkomst dan wel andere schriftelijke bescheiden, de verklaring van Insinger (ook) op het onder 2.9 bedoelde punt voldoende geloofwaardig gemaakt.

2.11 Joore heeft ter zake als getuige mede naar aanleiding van de hem door de advocaat van Offringa voorgehouden schriftelijke verklaring van Offringa per e-mailbericht aan zijn advocaat van 10 februari 2011, luidende als volgt: *“(...) Persoonlijk ben ik er altijd van uit gegaan dat ik huurbescherming had, OP verzoek van dhr Insinger is er 15 jaar in gekomen alleen om dat dhr Insinger mij vertelde dat het bij de wet verplicht was een termijn te noemen maar de overeenkomst zal gewoon doorgaan, (...)”*, ontkennend geantwoord op de vraag of Offringa met die verklaring kon doelen op een gesprek tijdens de onderhandelingen. Hij verklaard daarover verder onder meer het volgende:

*“(...) Het was zoals ik zojuist al zei. Oorspronkelijk stond in het contract een periode van 10 jaar opgenomen, met een einddatum die lag 10 jaar na de ingangsdatum. Ook stond daarin opgenomen dat partijen met elkaar zouden vragen om toestemming van de kantonrechter. Later heeft Offringa mij gevraagd om de termijn van 10 jaar naar 15 jaar te verlengen. De reden vertelde ik reeds, het ging om het terugverdienen van de investeringen in de spullen van Esso en de nieuwe spullen. Bij wijziging van die termijn ging Offringa akkoord met de desbetreffende bepalingen ook ten aanzien van het verzoek aan de kantonrechter.*

*Nader gevraagd (...) of het inderdaad zo zou kunnen zijn dat Insinger Offringa in het kader van de onderhandelingen zaken zou hebben verteld als in de verklaring van Offringa aangegeven antwoord ik nogmaals expliciet nee, dat is mijns inziens uit de lucht gegrepen.”*

Op de vraag of het Offringa duidelijk was dat de overeenkomst na 15 jaar echt zou eindigen antwoordde Joore als getuige:

“ja. Ik neem ten minste aan dat die kennis bij hem aanwezig was gezien het feit dat hij in een achttal stations te maken had met de exploitatie of de eigendom, van tankstations te maken had met de exploitatie of de eigendom van tankstations en in dat kader ook vaak met huurclausules te maken zal hebben gehad.”

2.12 Naar het oordeel van het hof is met de verklaring van Joore, in combinatie met de tekst van de overeenkomst, in het bijzonder de artikelen 1.2 en 1.3, waarin, naast de termijn van de huurovereenkomst van 15 jaar (artikel 1.2), het einde daarvan per 31/8/2014 in elk van beide derhalve tweemaal is vermeld, van rechtswege zonder dat opzegging is vereist (artikel 1.3), aanvullend bewijs als bedoeld in artikel 164, tweede lid Rv voorhanden. Dat hij een mededeling zou hebben gedaan als door Offringa in zijn onder 2.11 bedoelde e-mailbericht vermeld, heeft Joore expliciet ontkend, daar gelaten nog dat Offringa de desbetreffende mededeling blijken zijn e-mailbericht aan Insinger toeschreef. Dat Insinger zelf die mededeling in het kader van de onderhandelingen zou hebben gedaan, acht Joore ‘uit de lucht gegrepen’. Dat zou ook niet te verenigen zijn met de verklaring van Offringa (hiervoor weergegeven onder 2.5) dat hij met Insinger over het contract zelf geen enkel contact heeft gehad. In aanmerking nemende dat Offringa in zijn fax-brief aan Joore van 18 mei 1999 (productie 15 bij de brief van de advocaat van Insinger aan het hof d.d. 9 mei 2012 met producties) voorts uitdrukkelijk meldde dat punt 1.2 akkoord was, mocht Joore voor Insinger c.s. van instemming van Offringa met het eindigen van de huurovereenkomst na afloop van 15 jaar uitgaan. Dit was temeer het geval omdat er op verzoek van Offringa dan wel het door hem ingeschakelde notaris-kantoor meerdere wijzigingen in de (concept-)huurovereenkomst werden aangebracht, dit echter, behalve in de daarin opgenomen huurtermijn (van 10 naar 15 jaar), niet in deze bepalingen (1.2 en 1.3).

2.13 Een en ander betekent dat Insinger c.s. naar het oordeel van het hof zijn geslaagd in het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de maatschappelijke positie van TBB in vergelijking met die van Insinger .s. bij het aangaan van de overeenkomst zodanig was, dat zij de wettelijke huurbescherming in redelijkheid niet behoeft. Gelet op hun wederzijdse, deels over en weer ook ingehuurde, kennis onderscheidenlijk ervaring waren partijen destijds als gelijkwaardig te beschouwen. Ten behoeve van Offringa werd de aanvankelijk op 10 jaar gestelde huurtermijn verlengd naar 15 jaar. Onder verband daarvan is Offringa ook akkoord gegaan met de bepalingen die betrekking hadden op het - zonder opzegging, van rechtswege - eindigen van de huurovereenkomst na 15 jaar, derhalve ‘per 31/8/2014 te 24.00 uur’ (artikelen 1.2 en 1.3), althans mocht Joore daarvan, gegeven de door hem geschetste gang van zaken en gelet op de bevestigende reactie van Offringa zelf en de op dat punt uitblijvende reactie van diens adviseur(s), voor Insinger c.s. uitgegaan.

2.14 De grieven slagen derhalve. De bestreden beschikking zal worden vernietigd en het hof zal, opnieuw rechtdoende, het verzoek van Insinger c.s. alsnog toewijzen. Als de in het ongelijk te stellen partijen zal TBB worden veroordeeld in de kosten van beide instanties.

De kosten voor de procedure in de eerste aanleg aan de zijde van Insinger c.s. zullen worden vastgesteld op: (...)

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van Insinger c.s. zullen worden vastgesteld op: (...)

### 3. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Utrecht, sector Familie & Toezicht, locatie Utrecht van 8 maart 2011 en doet opnieuw recht;

keurt goed de bepalingen van de artikelen 1.2 en 1.3 van de huurovereenkomst d.d. 2 juni 1999 tussen Insinger c.s. en TBB (destijds nog in oprichting) met betrekking tot het dubbelzijdige motorbrandstoffenverkoop punt staande en gelegen langs de Biltseweg te Baarn;

veroordeelt TBB in de kosten van beide instanties, (...); verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. L.F. Wiggers-Rust, K.J. Haarhuis en D. Stoutjesdijk en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 28 juni 2013.

### Commentaar

In de huurovereenkomst met betrekking tot dit tankstation in Baarn, ingegaan op 1 september 1999, is bepaald dat de huurovereenkomst na het verstrijken van de looptijd van 15 jaar van rechtswege eindigt, zonder dat opzegging is vereist. Verder is opgenomen dat partijen goedkeuring zullen verzoeken voor dit afwijkend beding (nog op de voet van het oude art. 7A:1629 BW) en huurder de verhuurder machtigt om een dergelijk verzoek in te dienen. De verhuurder vergeet kennelijk om dit verzoek in te dienen en de huurovereenkomst treedt in werking. Pas nadat een geschil is ontstaan, dient de verhuurder op 9 november 2011 een verzoekschrift in tot verkrijging van goedkeuring voor het afwijkend beding.

In verreweg de meeste gevallen wordt de huurovereenkomst aangegaan onder de opschortende voorwaarde van het verkrijgen van de goedkeuring voor het afwijkende beding en wordt het verzoek voor de huuringangsdatum ingediend. De huurder onderschrijft dan het verzoek. De rechter zal dan autonoom moeten bepalen of aan de eisen van art. 7:291 BW is voldaan. In deze zaak voert de huurder (uiteraard) wel inhoudelijk verweer.

#### Vernietiging?

De huurder beroept zich bij brief van 25 januari 2011 op de vernietiging van het afwijkend beding. Sinds de invoering van het huidige huurrecht, per 1 augustus 2003, bepaalt art. 7:291 lid 1 BW dat niet ten nadele van de huurder van de bepalingen in afdeling 6 kan worden afgeweken. Vooral sinds het recente arrest van de Hoge Raad van 9 augustus 2013<sup>14</sup> is de vraag actueel of dat beroep op vernietiging door de huurder verjaart. De Hoge Raad oordeelde in deze ‘de Stern’ uitspraak, anders dan het gerechtshof, dat de rechtsvordering tot vernietiging ook binnen het huurrecht verjaart binnen drie jaar nadat deze de huurder ten dienste is komen te staan.<sup>15</sup> Opmerking verdient dat de Hoge Raad oordeelde over een zogenaamd aanvallend beroep van de huurder. Een afwerend beroep op een vernietigingsgrond kan te allen tijde worden gedaan.<sup>16</sup> Een afwerend beroep in dit kader behelst een beroep op vernietiging, door de huurder, als afwering tegen een vordering van de verhuurder. Dat kan eventueel ook

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

15. Art. 3:52 lid 1 sub d BW.

16. Art. 3:51 lid 3 BW.

als eisende partij.<sup>17</sup> Voor het overige verwijs ik graag naar de noot onder deze ‘de Stern’ uitspraak elders in deze rubriek.<sup>18</sup>

Terug naar de uitspraak van het gerechtshof. Het gerechtshof bevestigde het oordeel van de kantonrechter dat het beroep van de huurder op vernietiging te laat was gedaan, immers langer dan drie jaar nadat die vernietiging ten dienste van de huurder was komen te staan. Vervolgens gaat het gerechtshof wel inhoudelijk in op de vraag of goedkeuring voor het afwijkend beding moet worden verleend. Dat is naar mijn mening op zich correct, maar ik mis dan nog de overweging dat de huurder in de toekomst altijd nog een afwerend beroep op de vernietiging kan doen. Denk in dit kader vooral aan de situatie dat de verhuurder een ontruimingsvordering instelt waaraan deze ten grondslag legt dat immers overeengekomen is dat de huurovereenkomst na vijftien jaar van rechtswege eindigt. De huurder kan dan ‘te allen tijde’ ter afwerking daarop het verweer voeren dat die bepaling ten nadele van hem als huurder afwijkt van titel 6 en zich op vernietiging beroepen.

#### *Kan een dergelijk verzoek nog worden gedaan?*

Het gerechtshof oordeelt, naar mijn mening met juistheid, dat de indiening van een dergelijk verzoek mogelijk is nu de wet geen termijn stelt. Verder kan het enkele stilzitten van de verhuurder niet tot rechtsverwerking leiden.<sup>19</sup> Het gerechtshof past daarbij art. 7:291 lid 1 BW toe en niet het oude art. 7A:1629 BW (met een beperktere strekking) nu art. 7:291 BW op grond van het overgangsrecht onmiddellijke werking heeft. Ook dat is m.i. juist.

#### *Inhoudelijke toets*

De beperking van de bescherming van de huurder tot de contractuele looptijd van vijftien jaar is een wezenlijke aantasting van de rechten van de huurder, zo oordeelde het Hof. Als grond voor het verlenen van goedkeuring resteert vervolgens nog het criterium of de maatschappelijke positie van huurder in relatie tot verhuurder zodanig is dat de huurder de bescherming in redelijkheid niet behoeft.<sup>20</sup> Er zijn diverse uitspraken die erop neerkomen dat een sterke huurder deze bescherming in redelijkheid niet behoeft.<sup>21</sup> In die gevallen ging het veelal om een huurder (retailer) die diverse winkels in Nederland exploiteert. Het ging daarbij om grote huurders zoals kledingketen Only, retailer Wibra en keukenleverancier Bruynzeel. Daarbij lijkt het duidelijk dat in ieder geval de huurder een stevige maatschappelijke positie had.<sup>22</sup> Hier lag dat echter minder duidelijk. Bij aanvang van de huurovereenkomst waren de aandelen in de huurder, een vennootschap, nog niet in handen van een grote partij (dat gebeurde pas later met de verkoop aan Gulf). De aandelen waren in handen van de heer Miedema. De huurder en ook deze aandeelhouder exploiteerden op dat moment geen ander tankstation. Het gerechtshof kent waarde toe aan de kennis van partijen en overweegt in dat kader dat beide partijen en zich door adviseurs lieten bijstaan. Relevant lijkt mij met name het (financiële) incasservermogen van de huurder. Een keten met meerdere winkels zal minder snel geraakt worden door een huurbeëindiging dan een huurder met alleen dit ene vestigingspunt. Zeker in relatie tot een kleinere belegger slaat de balans dan al snel door in de richting van de huurder in die zin dat zijn maatschappelijke positie sterker is.

Uit de getuigenverklaringen lijkt te volgen dat de financiële positie van de huurder redelijk solide is, tenminste wanneer de aandeelhouder daarbij wordt betrokken. De directeur / aandeelhouder had net zijn vorige bedrijf met een stuk of zeven (hoeveel exact wist hij niet meer) tankstations verkocht. De vraag rijst of alleen naar de vennootschap moet worden gekeken die huurder is,<sup>23</sup> of dat ook de positie van de achterliggende personen en entiteiten moet worden meegenomen. Het lijkt mij dat bij de beoordeling van de maatschappelijke positie van de huurder ook het concern waarvan de huurder onderdeel uitmaakt moet worden betrokken en ook de positie van de aandeelhouders een rol kan spelen. Verder hecht het gerechtshof waarde toe aan het feit dat de huurder een huurperiode van vijftien jaar voldoende vond en zich realiseerde dat het daarna ook voorbij zou zijn. Daarvan kan men zich afvragen of dat in alle gevallen van groot belang is. Een huurder moet soms tegen zichzelf worden beschermd de huurbescherming is er in dat kader niet voor niets.<sup>24</sup> Relevanter lijkt mij of de huurder zijn investeringen in die periode kan afschrijven (daarover was kennelijk ook overleg gevoerd), hoewel dat strikt genomen nog steeds iets anders is dan de maatschappelijke positie van de huurder in relatie tot die van de verhuurder.

De vraag is of er toch niet, al is het maar onbewust, een belangenafweging plaatsvindt. Zou de goedkeuring ook zijn verleend indien was opgenomen dat de huurovereenkomst al na vijf jaar van rechtswege zou eindigen? Indien het wettelijk criterium strikt zou worden toegepast zou dat niet uit mogen maken. Het gaat immers om de maatschappelijke positie van de huurder ten opzichte van die van de verhuurder. Maar de mate waarin van de bescherming is afgeweken, lijkt toch een rol te spelen. En dat lijkt mij ook terecht.

De vraag rijst ook of de uitkomst een andere was geweest indien de verhuurder een grote partij was geweest met veel vastgoed in de tankstationbranche. Dat heeft invloed op de maatschappelijke positie van de huurder ten opzichte van die van de verhuurder. De mate van bescherming van de huurder zou dan afhangen van de maatschappelijke positie van de verhuurder. De positie van de huurder zelf lijkt mij het meeste gewicht in de schaal te leggen.

De uitkomst lijkt mij correct. Uit de getuigenverklaringen komt het beeld naar voren van een huurder met een behoorlijke financiële slagkracht, die niet snel geraakt wordt wanneer dit brandstofpunt na vijftien jaar dicht moet, die de

17. HR 8 februari 2013, *LJN* BY2640, overigens geen huurzaak.

18. Van de hand van H.J. Moné.

19. Zie bijv. HR 29 september 1995, *NJ* 1996, 89, overigens geen huurzaak.

20. Zie hieromtrent met name: mr. N. Eeken ‘Goedkeuring van afwijkende bedingen’, *TvHB* 2011, nr. 1, p. 6-17.

21. Zie onder meer: Rb Rotterdam 19 november 2012, *LJN* BY8793, Rb Utrecht 24 juni 2008, *LJN* BD5898, Rb ’s-Hertogenbosch 25 februari 2009, *LJN* BH6177 en Rb Utrecht 12 januari 2010, *LJN* BK9274.

22. Indien de huurder een franchisenemer van een grote partij is, ligt dat anders, zie Rb Den Haag 4 september 2007, *LJN* BB3026.

23. De wet spreekt immer over ‘de huurder’ en een vennootschap is een eigen drager van rechten en verplichtingen.

24. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 932, B (advies en nader rapport), p. 4.

branche goed kent en met vijftien jaar looptijd nog een behoorlijke periode krijgt om zijn investeringen af te schrijven. De verhuurder daarentegen is, zo blijkt uit de getuigenverklaringen, een kleine belegger die de benzinemarkt minder goed kent dan de huurder.

Uit deze uitspraak blijkt eens te meer dat het criterium dat “*de maatschappelijke positie van de huurder in relatie tot de verhuurder zodanig is dat deze de bescherming in redelijkheid niet behoeft*” een behoorlijk grote ruimte aan de rechter geeft om dat criterium in te vullen.

E.H.H. Schelhaas<sup>25</sup>

---

25. Egbert Schelhaas is werkzaam als advocaat bij Banning Advocaten te ‘s-Hertogenbosch.