

Noot onder HR 9 augustus 2013, (*Stern Beheer B.V./Gulf Vastgoed B.V.*), ECLI:NL:HR:2013:BZ9951; WR 2013/133

In dit arrest vernietigt de HR de beschikking van het gerechtshof Amsterdam van 5 juni 2012 (WR 2013/50). Het geding wordt verwezen naar het gerechtshof Den Haag. Het hof krijgt als ‘instructie’ mee om te onderzoeken of de partij die de vernietigbaarheid inroept [de huurder] reeds in een eerder stadium dan het moment waarop de andere partij [de verhuurder] zich op het beding beriep, de vernietigingsbevoegdheid daadwerkelijk kon uitoefenen. Het antwoord op die vraag zal bepalend zijn voor de uitkomst van de procedure, die – even ter herinnering – door Gulf als huurder van een tankstation was begonnen op de voet van art. 7:304 BW, nadat de huurovereenkomst op grond van een door Gulf ingeroepen huurdersoptie met een periode van 10 jaar was verlengd. Verhuurder Stern verzette zich tegen de benoeming van een deskundige door een beroep te doen op de in de huurovereenkomst opgenomen clausule dat de huur “op gelijke condities” werd verlengd indien de huurder de optie uitoefende. Daarmee zou volgens de verhuurder de mogelijkheid zijn uitgesloten om op grond van art. 7:303 BW een nadere vaststelling van de huurprijs te vragen. De kantonrechter passeerde dat verweer, overwegende dat het optiebeding “[] slechts regelt hoe partijen moeten handelen na ommekomst van de optiejaren”. Hij las daarin geen uitsluiting van het recht om na de eerste tien jaar van de huurovereenkomst aanpassing van de huurprijs af te dwingen en voegde daar nog aan toe dat dat ook niet zou kunnen, gezien het dwingendrechtelijke karakter van art. 7:303 BW.

Het debat in hoger beroep richtte zich voornamelijk op de vraag hoe op het verzoek van de huurder dient te worden geoordeeld indien moet worden aangenomen dat met de betreffende clausule wordt afgeweken van art. 7:303 jo 7:291 BW. Hier komt dus pas voor het eerst echt de stelling van de verhuurder aan de orde dat het recht om zich op de vernietigbaarheid van het beding te beroepen, is verjaard. Die stelling wordt door het hof afgewezen omdat het van oordeel is dat de verjaringstermijn – anders dan de verhuurder betoogt – niet moet worden geacht te zijn gaan lopen bij het aangaan van de huurovereenkomst in 2000, of bij de inwerkingtreding van het nieuwe huurrecht in 2003, of bij de indeplaatsstelling in 2006, maar pas nadat de verhuurder een beroep op het afwijken van het beding heeft gedaan. Het hof komt tot deze invulling van het begrip ‘ten dienste staan’ door aansluiting te zoeken bij het arbeidsrecht (art. 7:614 BW) en de regeling van de algemene voorwaarden (art. 6:235 lid 4 BW), waarin expliciet is geregeld dat de verjaringstermijn bedoeld in art. 3:52 lid 1 sub d BW begint met de aanvang van de dag volgende op die waarop een beroep is gedaan op het van het dwingend recht afwijkende beding. Een dergelijke regeling ontbreekt in het huurrecht. Zou het standpunt van de verhuurder worden gevolgd, zo overweegt het hof, dan wordt de positie van de huurder ernstig verzwakt, omdat dit standpunt impliceert dat een van het dwingende huurrecht afwijkend beding onaantastbaar wordt als de huurder vanaf de contractssluiting drie jaar blijft stilzitten. Die consequentie verdraagt zich volgens het hof niet met de beschermingsgedachte die aan het huurrecht voor middenstandsbedrijfsruimte ten grondslag ligt. Ook Vrolijk wijst in zijn noot onder het arrest van het hof (WR 2013/50) op de praktische bezwaren van het standpunt van de verhuurder. Hij noemt de door het hof toegepaste constructie een mooie oplossing die door de wetgever niet gewenste uitkomsten vermijdt en in de praktijk goed te hanteren is.

De door het hof toegepaste (analoge) constructie gaat de HR echter te ver. In rov. 3.5.1 van het arrest overweegt hij onder verwijzing naar de conclusie van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2013:BZ9951) dat de wetgever zich bij de invulling van het begrip ‘ten dienste staan’ in de beide hiervoor genoemde bepalingen (7:614 en 6:235 lid 4) heeft laten leiden door de specifieke rechtsverhoudingen waar-

op die voorschriften betrekking hebben. Voor categorische toepassing van die specifieke invulling op andere vernietigingsgronden in andere rechtsverhoudingen bestaat onvoldoende grond, aldus de HR. Maar is daarmee ook de situatie ontstaan waar het hof nu juist voor waarschuwt? Dient men in de huurrechtpraktijk voortaan tot uitgangspunt te nemen dat een van het dwingende huurrecht afwijkend beding onaantastbaar wordt als de huurder vanaf de contractssluiting drie jaar blijft stilzitten? Gaat de verjaringstermijn in alle gevallen lopen vanaf het moment van de totstandkoming van een huurovereenkomst waarin een afwijkend beding is opgenomen? Uit het arrest van de HR blijkt dat dat niet het geval is.

Het arrest van de HR laat zich moeilijk lezen. Met name de laatste volzin van rov. 3.5.1., in combinatie met rov. 3.5.3, roept vraagtekens op. Na te hebben overwogen dat onvoldoende grond bestaat voor categorische (lees: onvoorwaardelijke) toepassing van de door het hof gevolgde specifieke invulling van het begrip ‘ten dienste staan’, zegt de HR: “Bij gebreke van een wettelijke voorziening daaromtrent kan dan ook niet worden aangenomen dat de in deze zaak in het geding zijnde vernietigingsgrond de door het beding benadeelde partij in alle gevallen eerst ten dienste komt te staan op het moment waarop een beroep op het beding wordt gedaan”. Dus *niet* in alle gevallen, zoals het hof kennelijk aanneemt. Ogenblikkelijk dringt zich dan de vraag op in welke gevallen dan *wel*. Die vraag blijft onbeantwoord. Verderop zullen we zien dat de HR van mening is dat de bedoeling van de wetgever, zoals die blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 3:52, meebrengt dat in een geval als dit onderzocht dient te worden of de partij die de vernietigbaarheid inroept, die bevoegdheid reeds in een *eerder* stadium daadwerkelijk kon uitoefenen *dan het moment waarop de andere partij zich op het beding beriep*. De HR brengt daarmee tot uitdrukking dat het moment waarop de andere partij zich op het beding beroept weliswaar bepalend *kan* zijn, maar uit zijn overweging in 3.5.1 weten wij al dat dat niet in alle gevallen zo is. Voor categorische toepassing van de door het hof aangenomen rechtsregel in andere rechtsverhoudingen bestaat immers onvoldoende grond, aldus de HR.

Maar de HR zegt nog meer, al laat zich dat – zoals gezegd – wat moeilijk onderscheiden. Om meer vat te krijgen op het arrest en de redenering van de HR is de conclusie van A-G Wissink instructief. Hoewel de HR de A-G niet volgt in zijn conclusie dat de opvatting van het hof de mogelijkheid biedt een duidelijke sub-regel te formuleren voor gevallen waarin contractueel ten nadele van de huurder is afgeweken van art. 7:303 BW (zodat het arrest van het hof volgens Wissink in stand kan blijven), verwijst de HR veelvuldig naar Wissink's beschouwingen omtrent de bedoeling van de wetgever bij de totstandkoming van art. 3:52 BW, meer in het bijzonder bij de invulling van het begrip ‘ten dienste komen te staan’. De HR vat die totstandkomingsgeschiedenis samen in rov. 3.5.2 met de overweging dat de wetgever met de woorden ‘ten dienste komen te staan’ heeft bedoeld te bewerkstelligen dat de verjaring een aanvang neemt zodra de partij die een beroep op de vernietigbaarheid toekomt, die bevoegdheid daadwerkelijk *kan* uitoefenen. En voorts, aldus de HR, dat hier sprake is van een regel die zich voor flexibele toepassing leent.

De hier geformuleerde regel sluit goed aan bij een eerder arrest van de HR, te weten HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6506. In dat arrest stond de vernietiging van een leaseovereenkomst centraal op grond van het ontbreken van toestemming van de echtgenote. De HR oordeelde dat de termijn van de verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging van de leaseovereenkomst op grond van het ontbreken van toestemming is gaan lopen vanaf het tijdstip waarop de echtgenote met de overeenkomsten daadwerkelijk bekend is geworden, waarbij het, aldus de HR in rov. 4.2.5, gaat om de subjectieve bekendheid van de bevoegde, dat wil zeggen van degene aan wie het vernietigings-

recht toekomt. Die subjectieve bekendheid wordt door A-G Wissink uitvoerig in zijn conclusie besproken als mogelijke factor bij de bepaling van het aanvangsmoment van de verjaringstermijn. Maatgevend voor hem is of van de bevoegde kan worden *gevergd* dat hij zich erop beroept dat het beding vernietigbaar is nog voordat de ander zich erop beroept. Anders gezegd, is er voor de bevoegde voldoende *aanleiding* om zich op de vernietigingsgrond te beroepen? Hij maakt daarbij onderscheid tussen enerzijds een vernietigingsgrond die de gehele rechtshandeling aantast, in welk geval het moment bepalend is waarop de bevoegde heeft kennis genomen van de vernietigingsgrond, en anderzijds een vernietigbaar beding dat deel uitmaakt van een overigens geldige overeenkomst, en waarvan de uitvoering, afgezien van het betreffende beding, dus geen kwestie van aantastbaarheid oproept. In dat laatste geval acht Wissink verdedigbaar dat de mogelijkheid van vernietiging (pas) actueel wordt zodra dat beding in de verhouding tussen partijen *toepassing* gaat vinden.

Volgens de door de HR uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 3:52 afgeleide hoofdregel gaat het dus om het *kunnen* uitoefenen door de huurder van zijn bevoegdheid tot het inroepen van de vernietigbaarheid van het beding. Niet 'kunnen' in de zin van de in art. 3:52 lid sub a t/m c genoemde voorbeelden, zoals het 'kunnen' op het moment dat de onbekwaamheid van de handelingsonbekwame eindigt, of het 'kunnen' wanneer de bedreiging of het bedrog die de bevoegde van het inroepen van de vernietigbaarheid weerhield is opgehouden maar, in aansluiting op A-G Wissink, het 'kunnen' dat volgt op de ontdekking dat aan de eisen van het artikel is voldaan, terwijl het op dat moment van die persoon *gevergd* kan worden om van zijn bevoegdheid gebruik te maken, mogelijk omdat daar een bepaalde aanleiding voor bestaat. En dat *kan* het moment zijn waarop de verhuurder zich voor het eerst op het beding beroept. Maar evengoed kan dat, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, een eerder moment zijn.

Op dit punt aangekomen moeten wij vaststellen dat het moment waarop de huurder de bevoegdheid kan uitoefenen niet zelden zal samenvallen met het moment waarop hij de huurovereenkomst met de verhuurder aangaat. Het had dan ook geen verbazing gewekt als de HR de hele kwestie vanuit die richting had benaderd door te overwegen dat in dit concrete geval de bedoeling van de wetgever bij de totstandkoming van art 3:52 BW met zich meebrengt dat onderzocht dient te worden of de huurder die bevoegdheid pas in een *later* stadium kon uitoefenen dan het moment waarop de overeenkomst werd aangegaan. Maar de HR doet het tegenovergestelde. Hij benadert het probleem (toch) vanuit de door het hof gekozen hoek: onderzocht dient te worden of de huurder de vernietigingsbevoegdheid reeds in een *eerder* stadium kon uitoefenen dan het moment waarop de verhuurder zich op het beding beriep.

De reden om het toch te benaderen vanuit die hoek zit hem allicht in de bijzondere eigenaardigheid van deze zaak. De HR wijst daar op door in rov. 3.5.3 te openen met de aanvangszin: "*Het onderhavige geval wordt hierdoor gekenmerkt dat de vernietigbaarheid niet de gehele overeenkomst maar slechts een enkel beding daarvan raakt en de overeenkomst niet met zoveel woorden het vernietigbare beding inhoudt.*" Het eerste onderdeel van deze door de HR als uitzonderlijk gekenschetste situatie zagen wij al in de conclusie van A-G Wissink; het is in huurzaken de hoofdregel: geen enkel afwijkend beding kan leiden tot vernietiging van de volledige overeenkomst. Dus dan gaat het in het huurrecht om het tweede onderdeel. Dat lijkt te verwijzen naar het criterium van de subjectieve bekendheid. Als een overeenkomst niet met zo veel woorden een afwijkend beding inhoudt, kan het immers, afhankelijk van de persoon van de huurder (ergo: het subjectieve element), als zodanig niet

(her)kenbaar zijn, tot zich een bepaalde gebeurtenis voordoet als gevolg waarvan het manifest wordt.

Zoals gezegd ging het in het onderhavige geding om een contractuele bepaling op grond waarvan de huurovereenkomst na inroeping van het optiebeding 'op gelijke condities' werd verlengd. Vermoedelijk is iedereen het er wel over eens dat dit beding niet direct lijkt te wijzen op een afwijking van een of meer wettelijke bepalingen van afdeling 7.4.6, (nog afgezien van het feit dat ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst in 2000 het oude recht nog van toepassing was, op grond waarvan afwijkingen per definitie nietig waren; meer hierover zie Vrolijk t.a.p.). In een zodanig geval, zo begrijp ik de HR, mag men er vanuit gaan dat het beding pas kenbaar wordt als afwijkend beding – met andere woorden, dat de huurder zijn bevoegdheid tot het inroepen van de vernietigbaarheid van het beding pas *kan* inroepen – op het moment dat de verhuurder zich op (de gevolgen van) het beding beroept. Maar betekent dit dan dat we in alle gevallen waarin sprake is van een niet meteen voor deze huurder als vernietigbaar herkenbaar beding toch weer uitkomen bij de door het hof geformuleerde sub-regel? Opnieuw lijkt dat niet het geval te zijn. De HR bouwt namelijk nog een extra voorwaarde in door te overwegen dat nog wel moet worden onderzocht of de huurder niet reeds in een eerder stadium dan het moment waarop de verhuurder zich op het beding beriep, de vernietigingsbevoegdheid kon uitoefenen.

Die voorwaarde wordt door de HR verder ingevuld door te overwegen dat *in deze zaak* onder meer van belang is of de huurder zich ervan bewust was dat de verhuurder zich op het standpunt stelde dat in de overeenkomst is afgeweken van art. 7:303 BW, alsmede of het de huurder, toen partijen voorafgaand aan de procedure onderhandelden over de benoeming van een deskundige met het oog op de door de huurder gewenste huurprijsaanpassing, duidelijk was dat de verhuurder van mening was daartoe contractueel niet gehouden te zijn. Dus, in de woorden van A-G Wissink, vanaf het moment dat het beding in de verhouding tussen partijen toepassing was gaan vinden en de huurder zich er als gevolg daarvan bewust van was geworden.

Conclusie: bepalend is het moment waarop de huurder de bevoegdheid tot vernietiging daadwerkelijk kan uitoefenen. Dat moment ligt ergens tussen het moment waarop de overeenkomst tussen partijen tot stand komt en – uiteindelijk – het moment waarop de verhuurder voor het eerst een beroep op het beding doet. Maar in dat laatste geval moet er wel meer aan de hand zijn waaruit blijkt dat de huurder zich voor die tijd niet op de vernietigbaarheid heeft kunnen beroepen, bijvoorbeeld omdat hij het beding niet kende of zich van de betekenis die de verhuurder hieraan gaf niet bewust is geworden. Dat *kan* zich voordoen als de overeenkomst niet met zoveel woorden het vernietigbare beding inhoudt. En zelfs dan moet worden onderzocht of de huurder zich er niet toch al in een eerder stadium van bewust is geworden dat in de overeenkomst werd afgeweken van het semi-dwingende huurrecht.

Bewijsrechtelijk lijkt de huurder hier in het voordeel te zijn. Indien bijvoorbeeld vaststaat dat sprake is van een bepaling die niet *met zoveel woorden* een vernietigbaar beding inhoudt, kan de huurder, als het gaat om het bepalen van het moment waarop de verjaringstermijn is beginnen te lopen, volstaan met de stelling dat hij de vernietigbaarheid pas heeft kunnen inroepen toen hij werd geconfronteerd met het feit dat de verhuurder zich op het standpunt stelde dat met dit beding bedoeld werd af te wijken van de wettelijke bepalingen van afdeling 7.4.6., eventueel aangevuld met de stelling dat hij (de huurder) zich als gevolg van de onduidelijke formulering van het beding niet eerder

van de door de verhuurder bedoelde werking van het beding bewust is geworden. Wil de verhuurder het aanvangsmoment van de verjaringstermijn naar voren halen, dan zal hij feiten en omstandigheden naar voren moeten brengen en – bij voldoende betwisting – zo nodig bewijzen, waaruit blijkt dat de huurder zich van die werking eerder bewust is geweest dan het moment waarop hij met (de toepassing van) het beding werd geconfronteerd. Dat het daarbij niet alleen hoeft te gaan om de door de HR in deze zaak genoemde omstandigheden mag men afleiden uit het gebruik van de woorden “onder meer” in diezelfde overweging.

Toch moeten we, op de keper beschouwd, vaststellen dat de door de HR gememoreerde flexibele toepassing van de hoofdregel niet betekent dat de door het hof en door Vrolijk geuite zorg over de verzwakking van de positie van de huurder niet bewaarheid is geworden. Een partij die zijn handtekening onder een huurovereenkomst zet heeft – zo gezegd – nu eenmaal de schijn tegen: in het maatschappelijk verkeer wordt hij geacht de inhoud en de strekking van de overeenkomst te hebben begrepen en ook met specifieke van het semi-dwingende huurrecht afwijkende bedingen in de huurovereenkomst mag hij op voorhand bekend worden verondersteld, tenzij zich bijzondere omstandigheden voordoen, zoals in de onderhavige situatie waarbij de (huur)overeenkomst niet ‘met zoveel woorden’ het vernietigbare beding inhoudt – wat dat in zijn algemeenheid ook moge betekenen. In de onderhavige situatie was dat zonder meer duidelijk, maar het zou vermoedelijk te ver voeren om te stellen dat die situatie zich steeds voordoet als het afwijkende karakter van het beding niet expliciet in de huurovereenkomst staat vermeld. Indien inhoudelijk gewoon zichtbaar van de wet wordt afgeweken, bijvoorbeeld door het opnemen van een opzegtermijn van zes maanden in plaats van de wettelijk voorgeschreven termijn van tenminste een jaar (7:293 lid 2 BW) zal vermoedelijk, behoudens aanvullende omstandigheden, niet snel aannemelijk zijn dat het beding niet met zoveel woorden in de huurovereenkomst staat. Een grens is moeilijk te trekken. Wordt expliciet vermeld dat van de wettelijke bepalingen wordt afgeweken met woorden als “in afwijking op...” of iets dergelijks, dan lijkt geen twijfel mogelijk¹. Maar hoe vaak komt het niet voor dat de bedoeling van partijen in veel cryptischer bewoordingen staat uitgedrukt zonder dat ogenblikkelijk duidelijk wordt dat hun bij het aangaan van de overeenkomst een van het dwingende huurrecht afwijkende regeling voor ogen heeft gestaan? In dergelijke gevallen zou het wel eens zo kunnen zijn dat de rechter uiteindelijk met behulp van een soort Haviltex formule op zoek moet gaan naar het antwoord op de vraag of de overeenkomst met zoveel woorden het vernietigbare beding inhoudt *en* of deze huurder zich daarvan bij het aangaan van de huurovereenkomst bewust is geweest.

In de praktijk zal moeten blijken hoe de hoofdregel van het (niet) kunnen inroepen van de vernietigbaarheid van een afwijkend beding zal worden toegepast. De vraag wanneer en onder welke omstandigheden een rechter bereid zal zijn een verweer van de huurder te honoreren dat hij zich van het beding niet bewust is geweest, zal wellicht mede afhankelijk zijn van de invloed die uitgaat van de beschermingsgedachte van afdeling 7.4.6. en het gewicht dat de rechter daaraan in het concrete geval wenst te geven. Vooralsnog moet worden aangenomen dat de vernietigingsgrond de huurder in veruit de meeste gevallen vanaf het aangaan van de huurovereenkomst ten dienste is komen te staan. Hij heeft dan de bevoegdheid tot het vernietigen van het beding vanaf dat moment *kunnen* gebruiken en door dat gedurende een periode van 3 jaar vanaf het moment van het aangaan van de huurovereenkomst niet te doen, is die bevoegdheid verjaard.

¹ Zie ook Den Engelsman en Terstegge, *Mogelijkheden tot vernietiging van afwijkende bedingen*, TvHB 2011, pag. 63 e.v.

A-G Wissink wijst in zijn conclusie voor het arrest terecht op het feit dat in veel gevallen geen sprake zal zijn van een aanvallend beroep van de huurder op de vernietigbaarheid van het afwijkende beding als bedoeld in art. 3:52 lid 1 BW, maar van een defensief beroep als verweer op een door de verhuurder op grond van het beding ingestelde vordering of andere rechtsmaatregel als bedoeld in art. 3:51 lid 3 BW. Voor een dergelijk beroep geldt de verjaringstermijn van art. 3:52 BW niet. Desalniettemin zijn er in de praktijk even goed gevallen denkbaar waarbij het beroep van de huurder toch als aanvallend zal moeten worden aangemerkt. Denk aan een huurder die zich met een beroep op art 7:307 BW in de plaats wil laten stellen door zijn opvolger, maar zich geconfronteerd ziet met zijn verhuurder die zich beroept op een beding in de huurovereenkomst waarin hem (de huurder) dat recht wordt ontzegd. De huurder zal in beginsel met een aanvallend beroep op art. 3:52 de vernietigbaarheid van het beding moeten inroepen, maar dan is dus mogelijk dat die bevoegdheid door verjaring is teniet gegaan.

Ook de onderhavige zaak is mogelijk een voorbeeld van een aanvallend beroep, evenals al die andere gevallen waarin huurders een huurprijsverlaging willen afdwingen, maar zich vervolgens geconfronteerd zien met een beroep van de verhuurder op een in de algemene bepalingen bij het ROZ-model voor 290-bedrijfsruimte van art. 7:304 BW opgenomen afwijkend beding^{2 3}.

Voor het opnemen van een van de wettelijke bepalingen van afdeling 7.4.6 afwijkend beding biedt art. 7:291 lid 1 BW de gangbare weg, met uitzondering van een afwijking van art. 7:307 BW, waarvoor geen goedkeuring kan worden verleend. Wordt de weg van art. 7:291 BW niet gevolgd en verzoeken partijen niet om goedkeuring van de kantonrechter, dan zal de huurder inderdaad in de meeste gevallen binnen de termijn van 3 jaar na het aangaan van de overeenkomst een beroep op de vernietigbaarheid van het beding moeten doen. Mogelijk zal het zo zijn dat daar door ‘bepaalde’ verhuurders, die om welke reden dan ook niet de weg van 7:291 willen volgen, op wordt ingespeeld door een afwijkend beding in de huurovereenkomst op te nemen, in de hoop dat de huurder de verjaringstermijn van 3 jaar laat verstrijken zonder zich op de vernietigbaarheid te beroepen. Maar daarmee nemen zij (inmiddels) een risico. De verhuurder moet er rekening mee houden dat huurders van 290-bedrijfsruimte en hun adviseurs na het wijzen van het onderhavige arrest meer dan ooit gespitst zullen (moeten) zijn op niet goedgekeurde afwijkende bedingen, waarvan de vernietigbaarheid nog niet is ingeroepen. Kon men als adviseur of advocaat tot voor kort nog volstaan met de enkele signalering dat een beding afwijkt van het semi-dwingende huurrecht op het moment dat men de huurovereenkomst van de cliënt of opdrachtgever voor het eerst onder ogen kreeg, diezelfde adviseur zal nu aanstonds moeten nagaan of de verjaringstermijn al is begonnen te lopen en zo nodig zijn cliënt moeten adviseren om voor de zekerheid de vernietigbaarheid in te roepen. Tenzij zich omstandigheden voordoen die tot de conclusie kunnen leiden dat kan worden gewacht tot het moment dat de verhuurder zich voor het eerst op het beding zal beroepen, maar zoals gezegd, zal dat waarschijnlijk eerder uitzondering dan regel zijn. Dat geldt wellicht ook voor afwijkende bedingen waarvan op dat moment nog niet meteen duidelijk is of het een afwijking bevat ten nadele van de huur-

² Dat in dergelijke gevallen ook nog geheel andere complicaties kunnen optreden, zoals met betrekking tot de vraag of het beding wel of niet afwijkt *in het nadeel* van de huurder, wordt door M.F.E Evers besproken in haar noot onder WR 2013/101 en 102.

³ Waarbij bedacht moet worden dat de huurder hier mogelijk nog wegblijft met een beroep op vernietiging van het in de algemene voorwaarden opgenomen beding, voor zover dat als onredelijk bezwarend kan worden aangemerkt in de zin van art. 6:233 BW en de huurder ook overigens aan de daarvoor geldende voorwaarden voldoet; zoals we weten begint de verjaringstermijn van een dergelijk beroep op grond van art 6: 235 lid 4 BW in elk geval pas op het moment dat de verhuurder zich er op beroept.

der. Ook dan zal de huurder zijn knopen moeten tellen en niet zelden zal hij moeten besluiten zich toch voor de zekerheid op de vernietigbaarheid te beroepen, bijvoorbeeld in de vorm van een partiële of voorwaardelijke vernietiging voor het geval het beding nadelig voor hem blijkt te zijn. Hij heeft daarin gelukkig enige vrijheid, getuige de ook door zowel Vrolijk als Evers (t.a.p.) gememoreerde conclusie van A-G Huydecoper voor HR 28 mei 2010, WR 2010/92 (*Momus II/Bierbrouwerij De Leeuw*).

Kortom, toepassing van de hoofdregel, hoe flexibel ook, gebiedt huurders en hun adviseurs zich er bij de eerste gelegenheid die zich voordoet van te vergewissen of de vernietigbaarheid van een afwijkend beding dient te worden ingeroepen. De huurrechtelijke adviespraktijk krijgt er een zware verantwoordelijkheid bij. Misschien ontwikkelt zich wel een soort 'common practice' waarbij huurders na het aangaan van een huurovereenkomst 'voor de zekerheid' een brief uitdoen met de strekking om van elk eventueel in de huurovereenkomst opgenomen afwijkende beding de vernietigbaarheid in te roepen – als een schot hagel in het duister. Als de verhuurder zekerheid wenst, doet hij er daarom niet alleen verstandig aan om afwijkende bedingen met zoveel woorden in de huurovereenkomst te vermelden, maar ook om, in samenwerking met de huurder, meteen goedkeuring voor het afwijkend beding te verzoeken bij de kantonrechter.

J.M. Heikens

-0-0-0-