

Het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:307 BW: handhaving of herziening?

K.L. Maes¹

In de onderhavige bespreking staat het dwingendrechtelijke karakter dat de wetgever aan het in art. 7:307 BW neergelegde indeplaatsstellingsrecht heeft toegekend ter discussie. Doet de hieraan ten grondslag liggende huurdersbescherming – te weten dat de verhuurder tegen zijn wil in gedwongen kan worden een nieuwe exploitant als contractspartij van de reeds bestaande huurovereenkomst te aanvaarden – nog wel afdoende recht aan de hedendaagse verhoudingen tussen huurder en verhuurder? Biedt een semi-dwingend² of regelend³ regime meer ruimte voor de vereiste contractuele en rechterlijke flexibiliteit of is herziening niet nodig, nu met de huidige regeling reeds afdoende aan zowel huurders- als verhuurdersbelangen tegemoet wordt gekomen? In deze bespreking tracht ik op voornoemde vragen een antwoord te geven, waarna ik afsluit met op eerdere conclusies gefundeerde suggesties omtrent het (on)gewenste dwingendrechtelijke karakter van art. 7:307 BW: handhaving of tijd voor een herziening?

1. Wettelijk kader

1.1. Contractsoverneming

Art. 7:307 lid 1 BW biedt de huurder de mogelijkheid overdracht van de huur van een 290-bedrijfsruimte (kort gezegd: winkelruimte) te realiseren in verband met de overdracht van het bedrijf dat in het gehuurde wordt uitgeoefend.⁴ Deze wettelijke indeplaatsstelling is een belangrijke uitzondering op de hoofdregel van art. 6:159 jo. 7:201 BW, te weten dat vervanging van een contractspartij slechts mogelijk is met medewerking van de wederpartij.⁵ Art. 7:307 BW is daarmee als een *lex specialis* op de *lex generalis* van art. 6:159 BW te beschouwen⁶: via

een rechterlijke machtiging kunnen immers ook niet-bereidwillige verhuurders gedwongen worden de nieuwe contractspartij (huurder) te aanvaarden.⁷

1.2. Voorwaarden voor indeplaatsstelling

Voor een toewijzing van het verzoek tot indeplaatsstelling moet aan een aantal, in art. 7:307 BW genoemde vereisten worden voldaan.

Ten eerste is vereist een beoogde overdracht van de in het gehuurde gevestigde onderneming (lid 1). Het gaat in dit geval om een oorzakelijk verband met de noodzaak tot indeplaatsstelling: het bedrijf is overgedragen en als gevolg daarvan is overname van de huurovereenkomst nodig.⁸ Er is slechts sprake van een bedrijfsoverdracht als bedoeld in dit lid indien het in het gehuurde uitgeoefende bedrijf 'going concern' wordt overgedragen,⁹ waarbij de contractuele bestemming niet mag worden geschonden.¹⁰ Ten tweede moet de zittende huurder een zwaarwichtig belang hebben bij de overdracht

1. Kirsten L. Maes LLB rondde in juni 2013 (cum laude) de bachelor Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Utrecht af en is masterstudent Privaatrecht aan dezelfde Universiteit.
2. Dat betekent dat afwijking ten nadele van een der partijen is uitgesloten. Het gevolg is dat een bepaling die in strijd met de wet en in het nadeel van de beschermende partij (meestal de huurder) is overeengekomen, door de beschermende partij vernietigd kan worden. Zie J.M. Winter-Bossink e.a., *Het nieuwe huurrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 5.
3. Hier kan in het algemeen – bijvoorbeeld contractueel of door de rechter in een procedure – vanaf worden geweken. Zie J.M. Winter-Bossink e.a., *Het nieuwe huurrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 5.
4. T. Verbaas, G.J. Osinga, 'Kroniek Indeplaatsstelling', *TvHB* 2008, nr. 1, p. 7.
5. Zie hierover ook HR 8 februari 1991, *NJ* 1991, 297 en M.A.C. van Oijen, A.W. Jongbloed, 'Indeplaatsstelling', *TvHB* 2012, nr. 1, p. 4.
6. M.A.C. van Oijen, A.W. Jongbloed, 'Indeplaatsstelling', *TvHB* 2012, nr. 1, p. 6.

7. Indien de verhuurder uitdrukkelijk akkoord gaat met de opvolgende verhuurder als nieuwe contractspartij, hoeft de rechter er uiteraard niet meer aan te pas te komen. Partijen kunnen dan een zogenoemde 'akte tot indeplaatsstelling' tekenen, waarbij de verhuurder, de zittende huurder en de opvolgende huurder partij zijn.
8. G.M. Kerpestein, *Huurrecht Bedrijfsruimte*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005, p. 454.
9. Hof Amsterdam 14 april 2005, *WR* 2005, 82.
10. Vereist wordt dat eenzelfde soort onderneming ter plaatse wordt voortgezet. Zo kan een bloemenwinkel bijvoorbeeld niet door een slagerij worden overgenomen en een fietswinkel niet door een bakker.

van het bedrijf (lid 2). De rechter heeft de volledige vrijheid de aangedragen feiten en omstandigheden te waarderen en vervolgens te beoordelen of deze voldoende aanleiding vormen om vast te stellen dat van een zwaarwichtig belang sprake is.¹¹ Ten derde is het van belang dat de nieuwe huurder voldoende waarborgen biedt voor een volledige nakoming van de huurovereenkomst en voor een behoorlijke bedrijfsvoering (vervolg lid 2). De huurder zal moeten aantonen dat de nieuw voorgestelde huurder voldoende solvabel is – bijvoorbeeld door het aanbieden van de vooruitbetaling van huurtermijnen en het stellen van een deugdelijke bankgarantie – ten einde enerzijds aan zijn huurdersverplichtingen te kunnen voldoen en anderzijds een behoorlijke bedrijfsvoering erop na te kunnen houden.¹² Het laatste element op basis waarvan een vordering tot indeplaatsstelling moet worden beoordeeld betreft ‘de omstandigheden van het geval’.¹³ Het gaat hier dus om een belangenafweging. Nu de andere criteria niet altijd even restrictief toegepast worden (naar de mening van sommige auteurs: uitgehold worden¹⁴), is de belangenafweging veelal de laatste reddingsboei voor de verhuurder om een ongewilde indeplaatsstelling tegen te houden.¹⁵ Hoewel deze open norm een wat mij betreft mooi vangnet vormt voor de uitzonderingsgevallen die om een andere oplossing vragen, noemen Steenmetser en Sinnige deze belangenafweging ‘een ongewis avontuur voor alle betrokkenen’.¹⁶

11. G.M. Kerpestein, *Huurrecht Bedrijfsruimte*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005, p. 456.
12. G.M. Kerpestein, *Huurrecht Bedrijfsruimte*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005, p. 457. Dat het hierbij niet louter om financiële zekerheid draait, blijkt uit een uitspraak van de kantonrechter te Nijmegen. In deze uitspraak werd een vordering tot indeplaatsstelling afgewezen, nu bleek dat de beoogd opvolgend huurder ‘een startend ondernemer is, geen horeca-ervaring heeft, de lokale markt, naar hij zelf in het ondernemingsplan schrijft, niet kent en fulltime werkzaam is in een volledig andere branche (...)’. Dit maakte in onderhavige zaak dat er voor de gemeente (de verhuurder) bij een huurovereenkomst op een A-locatie met een aanzienlijke duur onvoldoende waarborgen waren voor een volledige nakoming van de huurovereenkomst en voor een behoorlijke bedrijfsvoering, zie Ktr. Nijmegen 27 augustus 2010, *PrG* 2010/217 (*Cafeteria De Blauwe Steen*).
13. Met dien verstande dat de rechter het verzoek tot indeplaatsstelling afwijst, indien de voorgestelde huurder niet voldoende waarborgen biedt voor (1) een volledige nakoming van de overeenkomst en voor (2) een behoorlijke bedrijfsvoering (lid 2). Zie hiervoor besproken.
14. T.H.G. Steenmetser, A.A.K. Sinnige, ‘Indeplaatsstelling: van dwingend naar semi-dwingend recht?’, *TvHB* 2011, nr. 1, p. 21.
15. Hof Arnhem 18 maart 2003, *WR* 2003, 49.
16. Zij stellen hiertoe dat partijen door deze belangenafweging veelal afhankelijk zijn van de rechter en de kwaliteit van hun advocaat. Een wat mij betreft weinig steekhoudend argument, nu partijen in mijn optiek in een op redelijkheid en billijkheid gebaseerd rechtssysteem *altijd* afhankelijk zijn van hun vertegenwoordigers en de bereidwilligheid van de betref-

1.3. Rechtsgevolgen

Indien de huurder aan de hiervoor besproken vereisten heeft voldaan, dan wordt de machtiging tot indeplaatsstelling verleend. Pas op het moment dat de huurder de machtiging gebruikt, wordt de indeplaatsstelling daadwerkelijk geëffectueerd¹⁷ en vindt er een contractsovername ex art. 6:159 BW plaats.¹⁸ De indeplaatsstelling betreft een overgang onder bijzondere titel, waarbij de nieuwe contractspartij in de bestaande rechtsverhouding de positie van de oude contractspartij overneemt.¹⁹ De overeenkomst wordt dus in zijn geheel voortgezet: de opvolgende huurder treedt in de *rechten*, maar ook in de *verplichtingen* van zijn voorganger.²⁰

2. Ideologie dwingendrechtelijk karakter art. 7:307 BW

Krachtens art. 7:291 lid 2 BW mag niet worden afgeweken van de regeling neergelegd in art. 7:307 BW: niet met goedkeuring van de rechter²¹ en zelfs niet met instemming van de huurder.²² De regeling is daarmee – in tegenstelling tot de rest van het bedrijfshuurrecht – van dwingend recht.²³ Het gevolg is dat de indeplaatsstelling niet op voorhand (bijvoorbeeld in de huurovereenkomst) door partijen kan worden uitgesloten of op enigerlei andere wijze aan banden kan worden gelegd. Ieder contractueel beding dat in strijd is met art. 7:307 BW kan immers door de huurder worden vernietigd.²⁴ Dat geen enkele afwijking mogelijk is, betekent ook dat er geen bijkomende eisen aan de indeplaatsstelling gesteld kunnen worden. In het huurcontract kan dus bijvoorbeeld niet de voorwaarde opgenomen worden

fende rechter. Zie T.H.G. Steenmetser, A.A.K. Sinnige, ‘Indeplaatsstelling: van dwingend naar semi-dwingend recht?’, *TvHB* 2011, nr. 1, p. 21.

17. Toewijzing van de vordering an sich verandert de rechtspositie van partijen nog niet; het geeft slechts de *mogelijkheid* tot indeplaatsstelling. Zie ook T. Verbaas, G.J. Osinga, ‘Kroniek Indeplaatsstelling’, *TvHB* 2008, nr. 1, p. 7.
18. Dit is bevestigd door de Hoge Raad in HR 12 mei 1995, *NJ* 1995, 497 (*Hartje Stad/Arnoe Beheer*), zie ook M.A.C. van Oijen, A.W. Jongbloed, ‘Indeplaatsstelling’, *TvHB* 2012, nr. 1, p. 6.
19. A.W. Jongbloed, ‘Hoofdstuk 6: Huur’, in: B. Wessels & A.J. Verheij (Eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 168.
20. Zie A.S. Rueb, H.E.M. Vrolijk en E.E. de Wijkerslooth-Vinke, *Het nieuwe huurrecht per artikel verklaard*, Deventer: Kluwer 2003, p. 249 en vrz. Rb. Amsterdam 13 maart 2003, *WR* 2003, 41.
21. Zie hierover J.M. Winter-Bossink e.a., *Het nieuwe huurrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 5.
22. *Handelingen II* 2002/03, 26 932, nr. 19, p. 52 (WGO).
23. J.M. Winter-Bossink e.a., *Het nieuwe huurrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 106.
24. *Kamerstukken II* 2002/03, 26 932, nr. 3, p. 12. Zie ook A.W. Jongbloed, ‘Faillissement van de huurder, indeplaatsstelling en een race tegen de klok?’, *TvC* 2014, nr. 2, p. 46.

dat de verhuurder bij een overdracht aan een opvolgende partij 10% van de overdrachtssom betaalt.²⁵ Volgens de parlementaire geschiedenis is de regeling van art. 7:307 BW bedoeld voor de gevallen waarin 'van de huurder naar maatschappelijke opvattingen moeilijk anders verwacht kan worden dan dat hij zijn bedrijf overdraagt en hij daarvoor ook de huur moet overdragen'. In dergelijke gevallen 'weegt het belang van de verhuurder om zich te houden aan een door hemzelf gekozen huurder niet zwaar genoeg'.²⁶ De ideologie achter het dwingendrechtelijke karakter van het huidige art. 7:307 BW is er dus in de kern in gelegen dat de wetgever de huurders bij overdracht van het pand wil beschermen tegen onnodig verlies van investeringen en goodwill.²⁷ In geval van ziekte van de huurder is de regeling erop gericht de huurder de mogelijkheid te geven de onderneming te gelde te maken zonder dat de verhuurder aan de opvolgende huurder belemmerende (financiële) eisen kan stellen.²⁸ De wetgever noemt hierbij als voorbeeld de situatie waarin de ondernemer met de verkoopopbrengst van de onderneming zijn oudedagsvoorziening wil bekostigen.²⁹

3. Handhaving of herziening: de argumenten

Voordat er deugdelijke conclusies getrokken kunnen worden omtrent de wenselijkheid van handhaving of van een herziening van het huidige dwingendrechtelijke karakter van art. 7:307 BW, is het van belang beider belangen nader uiteen te zetten. Ik bespreek achtereenvolgens de redenen tot handhaving (§ 3.1) en tot herziening (§ 3.2).

3.1. Redenen tot handhaving

In mijn optiek bestaan de volgende argumenten voor handhaving van het huidige, dwingendrechtelijke karakter van art. 7:307 BW.

Ten eerste is een sterk (al dan niet het sterkste) argument in het verlengde gelegen van het idee achter het dwingendrechtelijke karakter: de bescherming van huurders die een groot (beschermingswaardig) belang hebben bij de verkoop van hun onderneming. Het dwingendrechtelijke karakter voorkomt dat de verhuurder in een machtsongelijke situatie met succes pressie uit kan oefenen op de meer afhankelijke huurder, door bijvoorbeeld in de huurovereenkomst op te nemen dat niet of slechts onder bepaalde voorwaarden door de huurder gebruik

gemaakt kan worden van het indeplaatsstellingsrecht. Een huurder zou in deze fase van het onderhandelingsproces akkoord kunnen gaan met een dergelijke regeling, nu hij (1) de onderhandelingen hier niet op stuk wil laten lopen en (2) het belang van een mogelijk toekomstige indeplaatsstelling (nog) niet ziet. Dit kan pas na verloop van jaren intreden door bijvoorbeeld gedane investeringen, maar ook door onverwachtse arbeidsongeschiktheid.

Ten tweede zou een situatie waarin een huurder zijn opgebouwde goodwill en gedane investeringen niet kan doorverkopen – doordat het indeplaatsstellingsrecht door het semi-dwingend of regelend karakter kan worden uitgesloten – kapitaalvernietiging voor deze huurder betekenen. Nog los van de hiervoor besproken beschermingsfunctie van het dwingendrechtelijke karakter, kan het in welke situatie met welke type huurder dan ook (afhankelijk of onafhankelijk, kapitaalkrachtig of onvermogen) terecht zijn dat de huurder zélf profiteert van hetgeen door hem in de loop der jaren is opgebouwd. Gecreëerde goodwill³⁰ en gedane investeringen gaan door het dwingendrechtelijke karakter in ieder geval *in eerste instantie* niet verloren³¹: de opbrengst van deze goodwill en investeringen komt in geval van een succesvol verzoek tot indeplaatsstelling toe aan de huurders die hiervoor hebben gewerkt c.q. betaald en het om die reden in mijn optiek ook redelijkerwijs het meeste verdienen.

Ten derde is het gezien de toenemende faillissementen wenselijk dat er in al deze gevallen in ieder geval een mogelijkheid tot een doorstart en daarmee ook tot een indeplaatsstelling bestaat.³² Partijen kunnen dit indeplaatsstellingsrecht van de huurder in een dwingendrechtelijk systeem niet contractueel uitsluiten, waardoor de mogelijkheid tot een doorstart onder behoud van het huidige huurcontract in beginsel bij elk faillissement bestaat.³³ Een dergelij-

25. HR 14 december 1973, NJ 1974, 127 (*De Boer en Den Hartog/Wittenberg*).

26. *Kamerstukken II* 1969/70, 8875, nr. 3, p. 9, p. 14 (MvT).

27. Ktr. Amsterdam 14 september 2001, WR 2002, 24. Vgl. G.M. Kerpestein, *Huurrecht Bedrijfsruimte*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005, p. 456 – 457.

28. A.W. Jongbloed, 'Hoofdstuk 6: Huur', in: B. Wessels & A.J. Verheij (Eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 168.

29. *Kamerstukken II* 2000/01, 16 932, nr. 3.

30. Te betogen valt om die reden dat een indeplaatsstelling alleen gewenst is als er goodwill opgebouwd is en als er geen sprake is van het kunnen benutten door de nieuwe huurder van de door de vorige huurder opgebouwde goodwill, een machtiging tot indeplaatsstelling als bedoeld in art. 7:307 BW daarop moet afstuiten. Zie voor de bespreking van deze constructie § 4.1. Zie hierover uitgebreid: F.C. Borst, 'Geen goodwill, geen indeplaatsstelling. Pleidooi voor een striktere toepassing van het recht op indeplaatsstelling', *TvHB* 2014, nr. 6, p. 340 - 341.

31. Waarmee ik bedoel: het kan in beginsel niet contractueel worden uitgesloten.

32. De doorstarter kan immers slechts dan gebruik van de bedrijfsruimte blijven maken, als hij daarvan tevens de nieuwe huurder wordt. Het verwerven van de noodzakelijke huurrechten van de zittende huurder kan worden gerealiseerd door de opvolgende exploitant als huurder in de plaats van de voormalige huurder te stellen.

33. Daarbij moet worden aangetekend dat de verhuurder wel kan proberen aan de indeplaatsstelling te ontkomen door de huurovereenkomst op te zeggen. Art. 39 Fw biedt zowel de verhuurder als de curator de mogelijkheid tot opzegging wegens het faillissement. Als de huurovereenkomst is geëindigd, is een inde-

ke met indeplaatsstelling gepaard gaande doorstart kan zeer wenselijk zijn, nu op deze wijze (1) (een deel van) de werkgelegenheid behouden blijft, (2) kapitaalverlies voor de onderneming zoveel mogelijk voorkomen wordt en (3) een groter deel van de (kleinere) detailhandel in stand blijft, nu deze niet failleren en plaats maken voor de grote winkelketens. Dit komt de diversiteit van het winkelaanbod ten goede.

Ten vierde valt te betogen dat in de huidige regeling afdoende waarborgen zijn opgenomen om uitkomst te bieden in gevallen waarin huurders ten onrechte bescherming genieten: een herziening lijkt dus ook op dit punt niet noodzakelijk. Zo doorstaat een indeplaatsstellingsverzoek de toets van lid 1 niet (en volgt dus een afwijzend oordeel van de rechter), indien een potentiële opvolgende onderneming verlies draait, geen goodwill heeft en de indeplaatsstelling ook louter wordt aangewend teneinde een ander de huurrechten te verschaffen.³⁴ In het huidige lid 2 staat bovendien opgenomen dat de rechter beslist met inachtneming van de omstandigheden van het geval. Het rigide karakter wordt op deze wijze gerelativeerd: de rechter kan onder deze noemer immers altijd rekening houden met belangen van de verhuurders en het verzoek tot indeplaatsstelling via deze weg (zo nodig) afwijzen.

3.2. Redenen tot herziening

Naast de besproken redenen tot handhaving, zijn er ook argumenten aan te dragen voor de herziening van het huidige, dwingendrechtelijke karakter van art. 7:307 BW (in deze bespreking: door er een semi-dwingend of regelend systeem aan ten grondslag te leggen).

Ten eerste komt een semi-dwingend of regelend karakter de flexibiliteit van de contractspartijen in de onderhandelingsfase en van de rechter in de processuele fase ten goede: zij zouden met een

plaatsstelling niet meer mogelijk. Een opzegging door de verhuurder leidt echter niet tot beëindiging van de huurovereenkomst als hij misbruik maakt van zijn opzeggingsbevoegdheid. Dit kan onder meer het geval zijn als de verhuurder geen schade lijdt door het faillissement, bijvoorbeeld doordat er geen huurachterstand is. In deze gevallen kan de verhuurder dus wel weer tot de contractsovername van de opvolgende huurder worden gedwongen. Met andere woorden: indien de verhuurder de huurovereenkomst in geval van faillissement op de voet van art. 39 Fw heeft opgezegd, dan dient de huurder c.q. curator – wil hij nog een succesvolle poging tot een indeplaatsstelling wagen – naast de machtiging tot indeplaatsstelling tevens een verklaring voor recht dienen te vragen dat de opzegging van de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dan wel als misbruik van recht dient te worden beschouwd. Zie o.a. A.W. Jongbloed, 'Faillissement van de huurder, indeplaatsstelling en een race tegen de klok?', *TvC* 2014, nr. 2, p. 51.

34. Er wordt dan immers niet voldaan aan de eis van de 'overdracht van een bedrijf' (§ 1.2), zie Hof Amsterdam 28 augustus 2003, *WR* 2003, 84.

niet-dwingendrechtelijk karakter immers kunnen afwijken van de regeling zoals neergelegd in art. 7:307 BW. Niet ondenkbaar is dat een *huurder* onder omstandigheden bereid is in te leveren op zijn indeplaatsstellingsmogelijkheden, in ruil voor een ander (voor hem belangrijker) onderhandelingspunt. Daar is onder de huidige regeling geen ruimte voor. Daarnaast heeft de *verhuurder* door dit karakter minder (contractuele) grip op zijn oorspronkelijke contractspartij en op de door hem gewenste branchering.³⁵ De indeplaatsstelling vormt daarmee een aanzienlijke inbreuk op de contractsvrijheid. Voorgaande kan in het bijzonder problemen opleveren voor de verhuurders in de franchisebranche: vanwege het indeplaatsstellingsrecht van de huurder heeft de (onder)verhurende franchisegever geen absolute invloed op het behoud van zijn formule op die specifieke locatie – de verhuurder kan immers niet voorkomen dat de locatie verloren gaat – en evenmin op de persoon van zijn franchisenemer.³⁶ Een bijkomstig argument hierbij is dat meer flexibiliteit in een semi-dwingend of regelend systeem partijen ook de ruimte kan bieden duidelijke, contractuele afspraken te maken. Op deze wijze kunnen partijen 'aan de voorkant' afspreken of en zo ja onder welke voorwaarden indeplaatsstelling mogelijk is en kan een lange en dure rechtsgang door de onderling gecreëerde duidelijkheid uitblijven.

Ten tweede zou met een semi-dwingend of regelend regime meer recht worden gedaan aan de situaties waarin een grotere huurder in zee gaat met een kleinere verhuurder: het huidige regime biedt ten onrechte bescherming aan de grote concerns (vgl. Albert Heijn) die ruimten huren van veel kleinere verhuurders. Dergelijke huurders verkopen het gehuurde pand niet in verband met de directe levensonderhoud of ter veiligstelling van het pensioen van de ondernemer, maar doorgaans louter ten behoeve van de winstmaximalisatie van het moederbedrijf. Deze grote, financieel zeer sterke bedrijven worden dan ten onrechte beschermd tegen het kleinere verhuurdersbedrijf dat het doorgaans met (veel) minder bedrijfsjuristen en kapitaal moet doen.

Ten derde zou een semi-dwingend of regelend karakter beter in de systematiek van de wet passen. Zo bestaat in het huurrecht bedrijfsruimte in het algemeen de mogelijkheid om bij de sector kanton van de rechtbank om goedkeuring te vragen voor afwijkingen van dwingend recht. Ingevolge art. 7:291 lid 2 BW kan een verzoek om afwijking van dwingend recht gedaan worden voor *alle* artikelen van het huurrecht voor middenstandsbedrijfsruimten, waarbij uitgezonderd art. 7:307 BW.³⁷ Daarmee is dit artikel *het enige* artikel van het huurrecht be-

35. T.H.G. Steenmetser, A.A.K. Sinnige, 'Indeplaatsstelling: van dwingend naar semi-dwingend recht?', *TvHB* 2011, nr. 1, p. 18 – 19.

36. Zie hierover uitgebreid: T.H.G. Steenmetser, A.A.K. Sinnige, 'Indeplaatsstelling: van dwingend naar semi-dwingend recht?', *TvHB* 2011, nr. 1, p. 18.

37. J.M. Winter-Bossink e.a., *Het nieuwe huurrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 5.

drijfsruimte waarvan niet kan worden afgeweken. Volgens Kerpestein wekt dit gemaakte onderscheid 'verwondering' op en is het feit dat zelfs een afwijking niet in het nadeel van de huurder met achterdocht tegemoet wordt getreden, 'veelzeggend voor het kennelijke geringe vertrouwen van de wetgever in het semi-dwingend recht in algemene zin'.³⁸ Ten vierde een rechtsvergelijkend argument: in België en Frankrijk blijkt een semi-dwingend systeem te werken en ook het Zwitserse systeem kent in het met art. 7:307 BW vergelijkbare artikel deels semi-dwingende delen: van de tweede zin van lid 4 van het Zwitserse art. 263 CO kan worden afgeweken, docht slechts ten behoeve van de huurder.³⁹

4. Wenselijkheid: weging van belangen

Tijd om de balans op te maken: welk gewicht moet aan de hiervoor besproken argumenten worden toegekend? Slaat de balans door ten gunste van een dwingendrechtelijke regime (en dus: handhaving) of eerder ten gunste van een semi-dwingend of regelend regime (en dus: herziening)?

De kernvraag hierbij zou wat mij betreft moeten zijn: wat levert een herziening van art. 7:307 BW naar een semi-dwingend of regelend karakter voor een praktische voordelen op? Het antwoord op deze vraag biedt wat mij betreft te weinig fundament om herziening te rechtvaardigen: de voordelen van een dergelijke herziening wegen niet op tegen de nadelen van een semi-dwingend of regelend karakter. Bovendien kan er naar mijn inzicht op een andere (betere) wijze dan herziening aan de bestaande nadelen van het dwingendrechtelijke karakter tegemoet worden gekomen. Ik kom tot een korte samenvatting waarin ik de hiervoor besproken argumenten weeg en ook mogelijke oplossingen voor de knelpunten van beider systemen aandraag.

4.1. Belangenafweging: herziening?

Een herziening van het dwingendrechtelijke karakter zou ten eerste de aantasting van de contractsvrijheid en daarmee de aantasting van de flexibiliteit van partijen opheffen. Zoals besproken kunnen partijen onder het huidige regime niet contractueel afwijken en op die wijze een voor hen juiste midden vinden, waardoor indeplaatsstellingsgeschillen in de regel zonder meer een weg naar de rechter betekent. Er is wat mij betreft echter ook een manier om *zonder* deze herziening aan het probleem van veel indeplaatsstellingsprocedures tegemoet te komen. Zo zou de hoeveelheid indeplaatsstellingsverzoeken in zijn geheel reeds 'aan de voorkant' beperkt kunnen worden, door het eerste vereiste van 'eenzelfde soort onderneming' restrictief te interpreteren en daarmee niet alle winkelhartes over

één kam te scheren. Bij bijvoorbeeld kledingwinkels zou er een onderscheid gemaakt kunnen worden tussen kinderkleding, dameskleding, herenkleding of sportkleding: op deze wijze wordt een bepaald segment afgebakend. Als deze afbakening duidelijk en helder gecodificeerd kan worden – al dan niet uit een stevige rechterlijke uitspraak kan volgen – zullen verzoeken tot indeplaatsstelling en dus ook de geschillen hieromtrent naar mijn verwachting afnemen, zonder dat tot een herziening van het karakter van de regeling moet worden gekomen.⁴⁰ In het verlengde hiervan is het de verhuurder aan te raden een duidelijke bestemmingsclausule op te nemen in de huurovereenkomst: op deze wijze wordt de groep van potentiële huurders beperkt.⁴¹ De verhuurder kan zodoende zelf ook (onder het huidige systeem) een eerste (flinke) stap in het voorkomen van indeplaatsstellingsgeschillen zetten. Een andere oplossing voor het grote aantal indeplaatsstellingsprocedures – zonder dat daarbij het dwingendrechtelijke karakter moet worden verlaten – kan gelegen zijn in een systeem waarbij de opgebouwde goodwill een noodzakelijke voorwaarde vormt voor de toewijzing van een indeplaatsstellingsverzoek. Borst schaaft deze constructie onder de (eerste) eis van 'overdracht van de in het gehuurde uitgeoefende bedrijf': wil aan deze eis zijn voldaan, dan moet volgens haar sprake zijn van dusdanig door de huurder opgebouwde goodwill, dat deze maakt dat cliënten van de huurder ook bij het soortgelijke bedrijf van de opvolgende huurder naar binnen zullen lopen.⁴² Op deze wijze wordt in mijn optiek recht gedaan aan de gedachte achter de indeplaatsstellingsregeling: art. 7:307 BW is immers in de wet opgenomen om huurders de mogelijkheid te bieden een bedrijf dat vanuit een gehuurd bedrijfspand wordt gedreven, met al zijn opgebouwde goodwill en gedane investeringen te verkopen en niet om enkel een huurrecht over te dragen.⁴³

Ten tweede zou een semi-dwingend of regelend regime de rechter op papier meer flexibiliteit tot afwijken van art. 7:307 BW bieden. Op deze wijze zou tegemoet worden gekomen aan gevallen waarin een financieel sterke en onafhankelijke huurder van een kleinere verhuurder huurt. Alhoewel flexibiliteit op zichzelf nastrevenswaardig is, zullen naar mijn verwachting in de rechtspraktijk geen fundamentele andere uitkomsten volgen.⁴⁴ de in

40. Hoewel deze constructie ook weer nieuwe vragen (en dus: geschillen) oproept: wanneer valt een bepaald bedrijf in hetzelfde segment en vooral, wanneer niet?

41. J.M. Winter-Bossink e.a., *Het nieuwe huurrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 107.

42. Overigens bepleit zij hier bovendien een onderscheid te maken tussen goodwill gerelateerd aan de locatie zelf en goodwill die door de huurder is opgebouwd. Zie nader: F.C. Borst, 'Geen goodwill, geen indeplaatsstelling. Pleidooi voor een striktere toepassing van het recht op indeplaatsstelling', *TvHB* 2014, nr. 6, p. 341.

43. Zie in min of meer die woorden Rechtbank Amsterdam, 21 januari 2014, *WR* 2014, 81.

44. Voor wat betreft de toe- of afwijzing van het inde-

38. G.M. Kerpestein, *Huurrecht Bedrijfsruimte*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005, p. 450.

39. G.M. Kerpestein, *Huurrecht Bedrijfsruimte*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005, p. 459, 461 – 462.

de huidige regeling neergelegde belangenafweging (waarbij de rechter rekening mag houden met 'alle omstandigheden van het geval') biedt immers reeds een stevig vangnet voor situaties die om een andere oplossing vragen (bijvoorbeeld: afwijzing van de indeplaatsstelling in verband met zwaarwegende belangen van de verhuurder).⁴⁵ Zelfs het rechtsvergelijkende argument houdt hierdoor weinig stand: ondanks dat een semi-dwingendrechtelijk systeem in bijvoorbeeld België goed lijkt te werken, blijkt bij nader inzien dat onder het dwingende, Nederlandse systeem bij de beoordeling van een indeplaatsstellingsverzoek een strengere toets wordt aangelegd dan bij de Belgische. Kerpestein concludeert hieromtrent m.i. terecht: *'hoezeer ook de behoefte aan flexibiliteit met de Belgische regeling is gediend, een betrekkelijk zware rechterlijke toetsing zoals waarin art. 7:307 BW voorziet, heeft vanuit het oogpunt van rechtszekerheid de voorkeur'*.⁴⁶ De strenge toets zoals neergelegd in het huidige dwingendrechtelijke, Nederlandse systeem biedt – zo blijkt hier – meer ruimte aan de belangen van de verhuurder dan het Belgische semi-dwingendrechtelijke systeem doet. Ten derde zou een herziening van het dwingendrechtelijke karakter een voordeel van technische aard opleveren: zo zou het dogmatisch wellicht juist zijn het gehele bedrijfshuurrecht hetzelfde karakter toe te bedelen of – op zijn minst – de verschillen te verkleinen door bijvoorbeeld een semi-dwingend regime te hanteren voor art. 7:307 BW. De vraag is wat mij betreft echter of het (1) eigenlijk niet meer dan logisch is dat sommige beschermingsgerichte regelingen in het huurrecht bedrijfsruimte extra (en dus: andere) bescherming behoeven in de vorm van een dwingendrechtelijk karakter, zolang het belang legitiem is en het onderscheid te rechtvaardigen valt en of (2) dogmatische redenen überhaupt de doorslag moeten geven bij een zo op de praktijk geënte regeling.

4.2. Belangenafweging: handhaving?

Wat mij betreft valt aan de knelpunten van een meer open en minder beschermend semi-dwingend of regelend systeem veel lastiger tegemoet te komen dan aan de hiervoor besproken knelpunten van handhaving onder het huidige dwingendrechtelijke systeem. Wat mij betreft is het, naast de in § 3.1 besproken voordelen van handhaving, met name in verband met de volgende reden dat handhaving van het huidige, dwingendrechtelijke karakter per saldo het meest wenselijk is.

plaatsstellingsverzoek. Door het dwingendrechtelijke karakter kan de rechter onder de huidige regeling geen goedkeuring aan partijen verlenen om van art. 7:307 BW af te wijken.

45. Bij deze belangenafweging kan immers ook rekening worden gehouden met de belangen van de verhuurder bij het achterwege blijven van de indeplaatsstelling. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 18 maart 2003, *WR* 2003, 49.
46. G.M. Kerpestein, *Huurrecht Bedrijfsruimte*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005, p. 461.

Zo zouden met name de kleinere huurders en lokale winkeliers zonder het dwingendrechtelijke regime van de indeplaatsstellingsregeling onvoldoende beschermd worden tegen de verhuurders, tussen welke partijen in genoeg gevallen nog immer een ongelijke machtspositie bestaat. Het gevaar van een regelend regime is dat verhuurders bij het tekenen van het huurcontract een grote druk op de kleinere winkeliers kunnen uitoefenen om van de mogelijkheid tot indeplaatsstelling af te zien. Dit terwijl de kleinere huurder veelal afhankelijk is van de verkoop van de zaak, bijvoorbeeld voor zijn pensioen of directe levensvoorziening. Ook kan het zijn dat er in een latere fase omstandigheden intreden – denk bijvoorbeeld aan ziekte of een andersoortige vorm van arbeidsongeschiktheid⁴⁷ – die de huurder nog niet had kunnen voorzien op het moment dat hij bij het tekenen van zijn huurovereenkomst afstand deed van zijn indeplaatsstellingsrecht. Kortom: als de verhuurder het recht tot indeplaatsstelling via een semi-dwingend of regelend regime kan aantasten, bestaat er een niet te verwaarlozen risico dat de huurder in voornoemde belangen onredelijk wordt bezwaard. Bovendien kan het – los van de vraag of de huurder kapitaalkrachtig is of niet – in veel gevallen sowieso rechtvaardig en wenselijk zijn dat de huurder zijn opgebouwde goodwill en gedane investeringen (als deze er zijn) kan doorverkopen in plaats van dat de verhuurder daarvan profiteert. Naar mijn mening is er op grond van hetgeen hiervoor besproken onvoldoende reden tot herziening.⁴⁸ Het dwingendrechtelijke karakter van art. 7:307 BW – en daarmee het onderscheid met de rest van het bedrijfshuurrecht – is misschien verwonderlijk, maar gezien de gedachte van huurdersbescherming wel legitiem. Nu de wettelijke regeling van de indeplaatsstelling bovendien met diverse waarborgen is omkleed, zie ik onvoldoende reden tot drastisch ingrijpen.

5. Suggesties tot verbetering

Is er dan niets op de huidige regeling aan te merken? In mijn opinie valt er zeker op een aantal punten winst te boeken. Zo had de wetgever wat mij betreft in art. 7:307 lid 2 BW kunnen volstaan met: 'de rechter beslist met inachtneming van de omstandigheden van het geval'. Hetgeen in dit lid volgt – te weten de huurder voor toewijzing een zwaarwichtig belang moet hebben en onvoldoende waarborgen tot volledige nakoming van de overeenkomst c.q. behoorlijke bedrijfsvoering tot afwijzing leidt – is immers reeds verdisconteerd in de 'omstandigheden van het geval'. Het ligt in mijn optiek voor de hand dat de rechter een dergelijk verzoek alleen zal toewijzen als er een zwaarwegend belang is en niet

47. Zie Ktr. Amsterdam 4 september 2001, *WR* 2002/24 en Ktr. Haarlem 18 februari 2004, *WR* 2004/53.

48. Zie anders: T.H.G. Steenmetser, A.A.K. Sinnige, 'Indeplaatsstelling: van dwingend naar semi-dwingend recht?', *TvHB* 2011, nr. 1, p. 21.

als het contract naar verwachting niet volledig kan worden nagekomen. De toevoeging is dus niet zo relevant: het één ligt in het ander besloten.

Daarnaast blijft het m.i. de vraag of de huidige regeling – ondanks de besproken belangenafweging van lid 2, die in veel gevallen uitkomst kan bieden – uiteindelijk wel voldoende anticipeert op de besproken situaties van een omgekeerde machtsongelijkheid (dat wil zeggen: een machtige huurder, afhankelijke verhuurder). Niet vergeten moet worden dat huurders steeds vaker in een professionele hoedanigheid opereren namens grote(re) ketens of concern (zoals Ahold als moederbedrijf van Albert Heijn). Zoals hiervoor gezegd levert dit argument in mijn optiek *an sich* echter onvoldoende fundament op tot herziening van het karakter van de regeling: met het vangnet van de ‘omstandigheden van het geval’ kan de overmatige bescherming van de machtige huurder versus de afhankelijke verhuurder opgevangen worden.⁴⁹ Wat mij betreft zou de rechter wel als één van de omstandigheden van het geval bij de beoordeling van een verzoek tot indeplaatsstelling ‘de positie van de huurder ten opzichte van de verhuurder’ in acht moeten nemen en zich dus steeds moeten afvragen: is de bescherming in het betreffende geval wel op zijn plaats? Een kleine winkelier die voor zijn pensioen afhankelijk is van de verkoop van de winkel, verdient m.i. meer bescherming dan een Albert Heijn die het bedrijf met zoveel mogelijk winst tracht door te verkopen. In het tweede geval is het immers minder te rechtvaardigen dat de verhuurder met een niet door hem gekozen, nieuwe contractspartij zit opgescheept.⁵⁰ Wellicht had de wetgever deze omstandigheid als toetsingskader expliciet in art. 7:307 lid 2 BW moeten neerleggen in plaats van de eerder besproken, weinig toevoegende handvatten die nu in het huidige lid 2 geëxpliciteerd zijn. Op deze manier zou immers tegemoet worden gekomen aan de belangrijkste bezwaren van het dwingendrechtelijke regime,⁵¹ maar wordt niet gekort op de bescherming van dié huurders die deze bescherming wel degelijk nodig hebben in verband met hun oudedags- of levensvoorziening.

49. Mits het überhaupt wenselijk is de bescherming voor deze sterkere partijen in te perken, nu het (zie hiervoor onder § 3.1 en § 4.1 besproken) onder omstandigheden nog altijd wel rechtvaardig kan zijn dat de sterkere huurder zijn opgebouwde goodwill en/of gedane investeringen zélf terug kan verdienen middels een met indeplaatsstelling gepaard gaande verkoop.

50. Maar dat betekent wat mij betreft dus niet dat deze Albert Heijn als sterke partij per definitie geen bescherming verdient, zie de vorige voetnoot. Het betekent m.i. slechts dat de lokale winkeliers omwille van hun pensioen of directe levensvoorziening eerder voor bescherming in aanmerking komen en bij dergelijke, grote concerns met louter een winst oogmerk kritischer op het verzoek tot indeplaatsstelling getoetst zal moeten worden.

51. Namelijk dat steeds meer landelijke (niet beschermingsbehoevende) filiaalbedrijven het winkelbeeld domineren, waardoor de situatie waarvoor dit artikel in beginsel bedoeld is (lokale, afhankelijke huurders) zich minder vaak voordoet dan tien jaar geleden.

6. Conclusie

Recapitulerend is er onvoldoende reden tot herziening van het dwingendrechtelijke karakter van art. 7:307 BW, maar dat betekent niet dat ik niet voor verbetering van de inhoudelijke regeling pleit. De gedachte achter het dwingendrechtelijke karakter is zuiver en de onwenselijke effecten zijn te overzien, nu er enerzijds via het vangnet van de ‘omstandigheden van het geval’ in de wettelijke regeling en anderzijds via een door partijen opgenomen bestemmingsclausule in het onderliggende huurcontract, aan de belangrijkste bezwaren van het dwingendrechtelijke systeem tegemoet kan worden gekomen. Met name de onbeperkte toetsingsrol op dit vlak biedt afdoende tegenwicht aan het dwingendrechtelijke en op huurdersbeschermingsgerichte systeem: het belang van de verhuurder wordt zo niet uit het oog verloren.⁵²

Tegelijkertijd is het belangrijk niet de ogen te sluiten voor de hiervoor besproken zwakke plekken in de huidige regeling. Uiteraard moet ook op dit punt gestreefd worden naar een uitgebalanceerde regeling en een zo mooi mogelijk evenwicht tussen verschillende belangen – maar wellicht moet op een zeker moment ook geaccepteerd worden dat elke rechtvaardige regeling gericht op de bescherming van een specifieke en legitieme groep, zijn weerslag op een andere heeft. Onder elke op bescherming gerichte regeling zullen groepen (in dit geval: huurders) vallen die deze bescherming redelijkerwijs niet verdienen. Zolang de groep huurders die deze bescherming wél behoeft maar groot en beschermingswaardig genoeg is – welke kwestie telkens opnieuw kritisch getoetst en beoordeeld zal moeten worden⁵³ – rest ons niets anders dan acceptatie dat de keuze voor de bescherming van de ene groep, onoverkomelijk een aantasting van de vrijheden van de andere betekent.

52. Zie met mij Kerpestein over de rol van deze belangenafweging: ‘(..) daarmee wordt de flexibiliteit enigszins beteugeld omdat dan de belangen van de verhuurder bij afwijzing van de vordering nadrukkelijk in beeld komen, hetgeen op dit punt overigens niet onwenselijk is: ook diens belang speelt immers een rol’. G.M. Kerpestein, *Huurrecht Bedrijfsruimte*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005, p. 465.

53. Het is van essentieel belang grondig te blijven onderzoeken of de beschermingswaardige groep huurders nog groot genoeg is om de huidige regeling – inclusief zijn zwakke plekken - te rechtvaardigen.