

Jurisprudentiebespreking

mr. N. Eeken en prof. mr. A.W. Jongbloed

9. Hoge Raad

17 februari 2012

RvdW 2012, 321; LJV BU9891

Beroep in cassatie van Hof Arnhem 6 juli 2010,

LJV BW0576

Alcoa Nederland B.V. / Verweerster

Samenvatting

Oplevering, redelijkheid en billijkheid, oppervlakte, ondermaat, overmaat, exoneratieclausule

Het oordeel van het hof dat het beroep van de verkoper op een exoneratieclausule ter zake ondermaat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is onjuist indien het gebaseerd is op de enkele omstandigheid dat verweerster door de ondermaat jaarlijks een aanzienlijk bedrag aan huurinkomsten derft. Het oordeel is ontoereikend gemotiveerd indien het hof heeft geoordeeld dat naast de omvang van de gedeerde huurinkomsten ook andere omstandigheden meebrengen dat een beroep op het exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, nu het hof niet heeft vermeld op welke omstandigheden het zijn oordeel 'mede' heeft gebaseerd.

Hoge Raad

Alcoa Nederland B.V.,

gevestigd te Drunen, Gemeente Heusden,

eiseres tot cassatie,

gemachtigde: mr. R.P.J.L. Tjittes

tegen:

Verweerster,

gevestigd te [vestigingsplaats],

verweerster in cassatie,

gemachtigde: mr. P.A. Ruig

(...)

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Alcoa heeft in december 2006 een bedrijfspand in Geldermalsen verkocht aan [verweerster].

(ii) In uitingen die van de zijde van Alcoa zijn gedaan - te weten: een verkoopbord en een verkoopbrochure - wordt de oppervlakte van het gebouwde gedeelte van het verkochte object vermeld als circa 12.000 m² en circa 11.940 m². Deze gegevens zijn ontleend aan een aanvankelijke berekening, gemaakt door DTZ Zadelhoff v.o.f.

(iii) Alcoa heeft Savills Nederland B.V. (hierna: Savills) als makelaar ingeschakeld. Savills heeft de verkooptransactie Alcoa/[verweerster] als makelaar begeleid. Daartoe heeft zij onder meer de genoemde verkoopbrochure opgesteld. In die verkoopbrochure staat aangegeven dat de daarin vermelde informatie geheel vrijblijvend is en dat ten aanzien van de juistheid (daarvan) geen aansprakelijkheid kan worden aanvaard.

(iv) In de loop van de onderhandelingen is aan [verweerster] een huurovereenkomst met betrekking tot het bedrijfspand

ter hand gesteld. Ook daarin wordt een oppervlakte van circa 12.000 m² genoemd.

(v) Art. 2 lid 2 van de transportakte luidt: "*Indien de door de verkoper opgegeven maat of grootte of de verdere omschrijving van het verkochte niet juist of niet volledig zijn, zal geen van partijen daaraan enig recht ontnemen.*"

(vi) Na de levering is vastgesteld dat de oppervlakte van het gebouwde deel van het verkochte beduidend kleiner is, namelijk (circa) 10.185 m².

3.2.1 [Verweerster] heeft, voor zover in cassatie van belang, gevorderd dat Alcoa en Savills hoofdelijk worden veroordeeld tot vergoeding van de schade die zij stelt te hebben geleden doordat het bedrijfspand een aanmerkelijk kleinere gebouwde oppervlakte heeft dan tot de kooptransactie is medegedeeld. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen.

3.2.2 Tegen dat vonnis is [verweerster] in hoger beroep gekomen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en Alcoa en Savills veroordeeld tot betaling van € 279.660,- te vermeerderen met de wettelijke rente. Zowel Alcoa als Savills is van dat arrest in cassatie gekomen. Het cassatieberoep van Savills is aanhangig in de zaak met nummer 10/04521, waarin eveneens vandaag uitspraak wordt gedaan.¹

3.3.1 Onderdeel 4.1-4.5 van het middel klaagt over het oordeel van het hof in rov. 4.3 met betrekking tot het beroep van Alcoa op het (hiervoor in 3.1 onder (v) weergegeven) beding in art. 2 lid 2 van de transportakte. Het hof heeft dat beding, in cassatie onbestreden, aangemerkt als een exoneratiebeding. Het hof becijfert dat de schade wegens gedeerde huurinkomsten van [verweerster] € 55.932,- per jaar bedraagt en overweegt: "*Mede gelet op de omvang van het bedrag aan gedeerde inkomsten dat [verweerster] aldus jaarlijks mist, acht het hof (het beroep van Alcoa op) voornoemd beding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.*"

3.3.2 De klacht behelst onder meer dat het hof niet is ingegaan op alle relevante omstandigheden, waaronder die welke door Alcoa zijn aangevoerd, zoals de omstandigheden dat Alcoa er niet van op de hoogte was dat de oppervlakte kleiner was dan opgegeven en dat haar derhalve geen verwijt treft, en dat [verweerster] een ervaren handelaar in onroerend goed is en met de bepaling bewust het risico heeft aanvaard dat de oppervlakte kleiner was dan vermeld. Deze klacht treft doel. Het hof heeft in de aangehaalde overweging onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang. Indien het heeft geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat [verweerster] door de kleinere oppervlakte jaarlijks een aanzienlijk bedrag aan huurinkomsten derft, reeds aan het beroep op het exoneratiebeding in de weg staat, ongeacht de overige omstandigheden van het geval, getuigt zijn oordeel van een onjuiste rechtsopvatting. Indien het hof ech-

1. In dit arrest werd de uitspraak van het hof in de betreffende zaak ook gecasseerd.

ter heeft geoordeeld dat naast de omvang van de gedeelde huurinkomsten ook andere omstandigheden meebrengen dat het beroep van Alcoa op het exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, heeft het zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd, nu het niet heeft vermeld op welke andere omstandigheden het dat oordeel "mede" heeft gebaseerd, en het bovendien geen aandacht heeft geschonken aan de door Alcoa aangevoerde omstandigheden.

3.4 De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Arnhem van 6 juli 2010;

verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

(...)

Dit arrest is gewezen door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren A.M.J. van Buchem-Spampens, C.A. Streefkerk, M.A. Loth en C.E. Drion (...).

Conclusie AG Huydecoper²

(...)

Bespreking van de cassatieklachten in zaak nr. 10/04468

(...)

c) (On)aanvaardbaarheid van een beroep op exoneratie

22. Onder het "kopje": "Klacht 3", wordt geklaagd over de verwerping, door het hof, van het beding in de transportakte dat iedere aanspraak van partijen wegens overmaat of ondermaat van het verkochte van de hand wijst.

Het hof heeft deze verwerping, in rov. 4.3, gemotiveerd met de bevinding dat het beroep op het beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

23. Ik wil deze klachten bespreken aan de hand van de rechtsleer over onaanvaardbaarheid van het beroep op een exoneratieclausule. Het middel gaat ervan uit dat het hiervoor bedoelde beding als exoneratieclausule is aan te merken, en het hof lijkt daar ook van uit te zijn gegaan.

(Ook) bij beoordeling van het argument dat een beroep op een exoneratieclausule onaanvaardbaar zou zijn, moeten alle relevante omstandigheden in hun onderlinge samenhang worden betrokken. Dat betekent allicht dat de desbetreffende beoordeling vaak een aanzienlijke mate van verwevenheid met feitelijke waarderingsvertoont. Desondanks laat de rechtspraak een vrij aanzienlijk aantal gevallen zien waarin de Hoge Raad tot een ander oordeel kwam dan de feitelijke rechter - meestal langs de weg van motiveringscontrole, maar ook wel langs de weg van "rechtstreekse" toetsing, in gevallen waarin voor verschillende waarderingsvatbare omstandigheden geen grote rol speelden.

24. Van de rechtspraak over exoneratieclausules beschouw ik als een "leading case" HR 18 juni 2004, NJ 2004, 585. Het geval betrof een monteur die verzuimd had, na een betrekkelijk kleine ingreep in het ventilatiesysteem voor stallen waarin teelt van varkens plaatsvond, de alarminstallatie opnieuw in werking te stellen. Die installatie was er om-

dat bij uitvallen van de ventilatie de dieren in de stal wegens luchttekort zouden stikken. Het noodlot sloeg toe: de ventilatie viel kort na het bezoek van de monteur uit, het alarm functioneerde niet, en een groot aantal dieren kwam inderdaad om.

Het hof honoreerde een beroep op een (in algemene leveringsvoorwaarden opgenomen) clausule die de aansprakelijkheid van het onderhoudsbedrijf waarvoor de desbetreffende monteur werkte, aanzienlijk beperkte. Dat oordeel berustte op de bevinding dat de handelwijze van de monteur weliswaar als verzuim met zeer ernstige gevolgen was te kwalificeren, maar niet als grove schuld.

25. De Hoge Raad vernietigde. In de rov. 3.6 en 3.7 van het arrest wordt uitgelegd dat het oordeel van het hof niet kon volstaan met de vaststelling dat er in dit geval geen sprake was van grove schuld. Alle omstandigheden hadden in de beoordeling moeten worden betrokken. In deze overwegingen worden van de relevante omstandigheden met name genoemd: aanwijzingen dat er op de monteur een bijzondere zorgplicht met betrekking tot het onderhavige verzuim rustte, waarbij de nakoming van levensbelang was voor de dieren; en dat voor de aansprakelijkheid die door de clausule werd beperkt, een verzekering gold.

26. Ik noem dit arrest in het verband van de onderhavige zaak "leading case" omdat het laat zien dat (het ontbreken van) ernstige schuld niet noodzakelijkerwijs beslissend is als het gaat om de aanvaardbaarheid van een beroep op exoneratie.

Een wezenlijk ander geval van beroep op onaanvaardbaarheid van (een beroep op) contractsbepalingen kan dat nader illustreren. Ik bedoel dan het beroep, aan de kant van verzekeraars of wegens verzuim aansprakelijken, op bedingen die korte vervaltermijnen aan de aanspraken van de andere partij verbinden.

27. In HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 m.nt. MMM, ging het over de (on)aanvaardbaarheid van beroep op een clausule in een verzekeringspolis die inhield dat dekking verviel als een schade niet binnen een bepaalde termijn aan de verzekeraar was gemeld. Het hof nam aan dat beroep op deze clausule onaanvaardbaar was omdat het niet-inacht nemen van de meldtermijn de verzekeraar(s) slechts een beperkte schade kon hebben opgeleverd en aan die schade afdoende werd tegemoetgekomen door een procentuele vermindering van de schadeuitkering.

De Hoge Raad liet dit oordeel van het hof in stand. Het oordeel van de Hoge Raad (rov. 4.7) beklemtoont: a) het ingrijpende karakter van de in het beding besloten liggende sanctie, b) het beperkte nadeel dat de verzekeraar(s) van de niet-inachtneming van de meldingsplicht hadden ondervonden en de in verband daarmee op de verzekeringuitkering toegepaste korting en c) het uitgangspunt van het BW dat nietigheden niet verder behoren te reiken dan de strekking daarvan meebrengt.

28. Een beroep op onaanvaardbaarheid kan dus ook slaan in omstandigheden waar de ernst van de schuld/tekortkoming geen rol van enige betekenis speelt, en de "billijkheidsvoorwaarden" door geheel andere omstandigheden worden bepaald.

2. De meest relevante passages van de conclusie zijn weergegeven (zonder voetnoten). Op www.huurrechtonline.nl is de integrale conclusie met noten te vinden.

29. Betekent dit nu dat het argument van onaanvaardbaarheid van (beroep op een) exoneratieclausule ook kan slagen als bij het verzuim dat de bedinger van de clausule daarmee wil “neutraliseren”, geen relevante mate van schuld aan de kant van de betrokkene aan de orde was? Wij zagen immers dat dat, als het om vervallbedingen gaat, inderdaad mogelijk is; en dat in het arrest van 18 juni 2004, een geval waarin een exoneratieclausule ter beoordeling stond, op het “primaat” van de mate van verwijtbaarheid als beoordelingsfactor (enigszins) wordt afgedongen.

30. Ik denk dat het antwoord op de zojuist geformuleerde vraag luidt: dat kan misschien, maar toch alleen in hoogst uitzonderlijke gevallen.

De exoneratieclausule strekt er immers, in essentie, toe de partij die die heeft bedongen, te ontheffen van aansprakelijkheid (of diens aansprakelijkheid te beperken). In de overgrote meerderheid van gevallen berust de aansprakelijkheid waartegen exoneratieclausules zich richten, op gegevens die aan de betrokkene verweten mogen worden, of die aan personen waarvoor de betrokkene “verantwoordelijkheid draagt” verweten mogen worden. Waar dat niet het geval is, en het gaat om risico-aansprakelijkheid voor gebeurtenissen waarvan niemand een wezenlijk verwijt valt te maken, is slechts bij hoge uitzondering voorstelbaar dat exoneratie niet “gewoon”, ten volle, geoorloofd zou zijn.

31. Het zojuist gezegde illustreert dan dat, gezien het doel dat exoneratieclausules beogen, de vraag welke mate van verwijtbaarheid daardoor wordt “uitgesloten”, naar de aard van de aansprakelijkheid en de strekking van het beding dat die aansprakelijkheid beoogt te beperken, onder vrijwel alle denkbare omstandigheden voorop zal staan als het er om gaat of een beroep op de clausule in de gegeven omstandigheden al-dan-niet aanvaardbaar is.

32. Het verbaast daarom niet dat in HR 25 februari 2005, JOR 2005, 168 m.nt. Dammingh, betreffende een geschil over de onaanvaardbaarheid van een beroep op een exoneratieclausule in het nadeel van de koper van een onroerende zaak(22), waarin het hof inderdaad tot “onaanvaardbaarheid” had besloten met als dragende overweging dat de verkoper “behoorde te weten” van de problemen waar de koper op stuitte, in rov. 3.7.4 wordt overwogen:

“In aanmerking genomen dat het hof heeft geoordeeld dat [A] behoorde te weten dat de verbouwingen aan de bedoelde voorschriften dienden te voldoen, doch niet heeft vastgesteld dat [A] daadwerkelijk wist dat de verbouwingen met die voorschriften in strijd waren, heeft het hof met zijn oordeel dat het beroep van [A] op het exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting hetzij zijn oordeel niet toereikend gemotiveerd.

Het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, indien het heeft geoordeeld dat [A] enkel omdat hij behoorde te weten dat de verbouwingen van de woning aan de bedoelde voorschriften dienden te voldoen, een zodanig ernstig verwijt kan worden gemaakt van het feit dat hij niet heeft gemeld dat de verbouwingen in strijd met de voorschriften zijn geschied, dat zijn beroep op het exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Indien het hof heeft geoordeeld dat in het licht van andere omstandigheden van het geval [A] een ernstig verwijt kan worden gemaakt, heeft het hof zijn oordeel niet toereikend gemotiveerd door niet te vermelden welke omstandigheden

het daarbij op het oog had en welk gewicht het aan de omstandigheden heeft toegekend. De hiervoor in 3.7.3 opgesomde klachten slagen.”

33. Aan de hand van deze beschouwingen kom ik tot de bevinding, dat de al-dan-niet aanvaardbaarheid van een beroep op een exoneratieclausule onder vrijwel alle denkbare omstandigheden een onderzoek zal vereisen naar de mate van verwijt die aan de gebruiker van het beding (of aan personen voor wie deze verantwoordelijkheid draagt) kan worden gemaakt. Ik hield hiervóór rekening met de mogelijkheid dat dat in uitzonderlijke gevallen anders zou kunnen zijn; maar indachtig de in alinea 23 (bij voetnoot 18) hiervóór gesignaleerde motiveringsplicht, mag aan de motivering van het oordeel waarin zo’n uitzonderingsgeval aanwezig wordt geacht, de eis worden gesteld dat duidelijk en voldoende controleerbaar wordt aangegeven, waarop die bevinding berust.

34. Het conflict [verweerster]/Alcoa kenmerkt zich er onder meer door, dat niet is vastgesteld dat aan Alcoa of aan nauw bij Alcoa betrokkenen ernstig verwijt is te maken van de fouten die kennelijk gemaakt zijn als het gaat om de opgegeven onjuiste oppervlakte. Wat Alcoa betreft heeft het hof in het midden gelaten of (iemand bij) Alcoa wist van de gemaakte fout of daarop attent had moeten zijn.

Wat Savills betreft heeft het hof wél vastgesteld dat er verwijtbaar zou zijn tekortgeschoten (een oordeel dat in de zaak Savills/[verweerster] wordt bestreden); maar bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van Alcoa’s beroep op exoneratie heeft, voor zover uit het bestreden arrest kenbaar, geen rol gespeeld dat het verwijt dat misschien aan Savills is te maken (en dat misschien aan Alcoa toegerekend zou mogen worden), ertoe zou bijdragen dat Alcoa’s beroep op exoneratie onaanvaardbaar is.

35. Het zal duidelijk zijn waartoe deze beschouwingen leiden: gezien de belangrijke plaats die, bij de beoordeling van de (on)aanvaardbaarheid van een beroep op exoneratie, toekomt aan de mate waarin aan de gebruiker van het beding of aan nauw bij deze betrokkenen verwijt valt te maken, lijken de klachten dat het hof zijn oordeel hierover op een onjuiste rechtsopvatting heeft gebaseerd of tenminste zijn oordeel niet deugdelijk heeft gemotiveerd, mij gegrond.

36. Het middel verdedigt in de onderdelen 4.2 en 4.3 dat onaanvaardbaarheid van een beroep op exoneratie niet uitsluitend mag worden gebaseerd op het nadeel van degeen tegen wie de exoneratie wordt ingeroepen.

Wat dat betreft betoogt [verweerster], denk ik, met recht dat het hof er blijk van heeft gegeven dat het ook andere (zij het niet expliciet vermelde) gegevens in zijn beoordeling heeft betrokken. De klacht gaat hier dus uit van een te beperkte lezing van het bestreden arrest.

37. De onderdelen 4.4 en 4.5, die klagen dat het oordeel van het hof onvoldoende blijk geeft van het rekening houden met namens Alcoa aangevoerde tegenargumenten, lijken mij echter wel doeltreffend.

Ten eerste wijst onderdeel 4.4 op één van de bedoelde argumenten, namelijk dat Alcoa niet van de fout betreffende de oppervlakte zou hebben geweten. Om de in alinea’s 24 - 33 besproken redenen lijkt dit argument, betreffende het aan Alcoa (of aan “de haren” aan de kant van Alcoa) te maken verwijt, mij van wezenlijk belang bij de beoordeling van een beroep op exoneratie, zodat uit de motivering zou moeten blijken hoe de feitelijke grondslag van dit argument wordt beoordeeld (dus: dat wordt nagegaan of er aan betrokkenen verwijt valt te maken, en hoe zwaar dat verwijt “weegt”), en

hoe het argument in het verlengde daarvan, in zijn geheel wordt gewaardeerd.

Ten tweede geldt dat, zoals in het bijzonder in alinea 33 hiervóór werd besproken, een oordeel over de (on)aanvaardbaarheid van exoneratie waarbij de mate van verwijt geheel in het midden wordt gelaten, een bijzonder duidelijke en “controleerbare” motivering vergt. Die motivering heeft het hof niet gegeven.

(...)

Conclusie

Ik concludeer in beide zaken tot vernietiging van het bestreden arrest, met verdere beslissingen als gebruikelijk.

Commentaar

Hoewel bovenstaande uitspraak een geschil omtrent de grootte van *verkoch*t onroerend goed betreft, meen ik dat deze uitspraak naar analogie ook interessant is voor de huurrechtpraktijk. Ook na het sluiten van een huurovereenkomst kan immers een geschil ontstaan indien achteraf blijkt dat de gehuurde oppervlakte een onder- of overmaat heeft ten opzichte van de overeengekomen oppervlakte. Indien partijen voorzien hebben in een regeling ten aanzien van de gevolgen van onder- of overmaat, zal de vraag naar de houdbaarheid van een beroep daarop mijns inziens niet anders dienen te worden beantwoord dan bij een koopovereenkomst.

In ieder geval vanuit verhuurdersoogpunt bezien, is het aanbevelenswaardig om vóór het sluiten van de huurovereenkomst het aangeboden huuroppervlak (na) te (laten) meten. Bij ondermaat zal een huurder in mijn optiek namelijk eerder een grond hebben om de huurprijs bij te kunnen laten stellen dan de verhuurder in geval van overmaat. Veelvoorkomend zijn de zogenaamde NEN-metingen, waarbij op basis van de NEN 2580 norm de vloeroppervlakte en inhoud van gebouwen of delen daarvan worden gemeten.³ NEN 2580 geeft hiervoor de termen, definities en bepalingsmethoden. Indien de werkelijke grootte van het gehuurde ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst niet vaststaat, omdat er bijvoorbeeld sprake is van nieuwbouw of renovatie, is het raadzaam om een regeling op te nemen ter zake de gevolgen van onder- of overmaat. Dit geldt ook voor wel reeds gerealiseerde ruimtes indien partijen om hen moveerende redenen het te huren vloeroppervlak niet wensen (na) te (laten) meten, maar geschillen in geval van een afwijkende maat wensen te voorkomen. Een dergelijke regeling zou in kunnen houden dat (i) een verschil in grootte geen gevolgen voor de huurprijs heeft (hetgeen neerkomt op een exoneratie), (ii) een verschil in grootte wel in de huurprijs wordt verdisconteerd of (iii) een verschil in grootte alleen in de huurprijs wordt verdisconteerd indien het verschil een bepaald percentage overschrijdt. Een regeling als onder (ii) en (iii) genoemd, is niet zonder risico's indien blijkt dat er sprake is van een (noemenswaardige) onder- of overmaat. In dat geval kan de huurder (bij geconstateerde ondermaat) of de verhuurder (bij overmaat) een (mogelijk) forse huurprijsaanpassing vorderen. Dit is voor de andere partij uiteraard nog vervelender wanneer (behalve voor reeds verjaarde huurtermijnen) dit met terugwerkende kracht gebeurt en de huurder op grond van onverschuldigde betaling respectievelijk de verhuurder op grond van nakoming over het verleden terugrespectievelijk bijbetaling kan vorderen. Vanzelfsprekend kan ook hierin worden voorzien door te bepalen dat een geconstateerde onder- of overmaat alleen gevolgen voor toekomstige huurbetalingen heeft.

Indien partijen een exoneratie overeenkomen, betekent dit niet altijd een vrijbrief voor de ene partij indien door de andere partij ten aanzien van het geëxonerende schade wordt geleden. Zo kan een dergelijk beding bijvoorbeeld nietig zijn wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde en/of vernietigbaar wegens misbruik van omstandigheden of dwaling. Van vernietigbaarheid kan ook sprake zijn indien het beding deel uitmaakt van algemene voorwaarden en het onredelijk bezwarend is voor de wederpartij van de gebruiker. Voorts – en daar ging het in het onderhavige geval om – staat het een partij niet vrij zich achter een exoneratiebeding te verschuilen, indien een beroep hierop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

In de onderhavige zaak werd Alcoa als verkoper door het hof aansprakelijk geacht voor de schade die verweerster als koper leed als gevolg van het feit dat de geleverde vloeroppervlakte ca. 20% kleiner was dan in de verkoopbrochure en op het verkoopbord was vermeld. Dit ondanks het gegeven dat partijen in de leveringsakte een (wederzijdse) exoneratie waren overeengekomen, inhoudende dat partijen geen enkel recht kunnen ontlenen aan onder- of overmaat van het verkochte ten opzichte van de door verkoper opgegeven maat of grootte. Mede gelet op de omvang van de door koper geleden schade⁴ heeft het hof het beroep van Alcoa op de exoneratie vanwege de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW onaanvaardbaar geacht. In cassatie hield dit arrest geen stand en klaagde verkoper Alcoa met succes over het feit dat het hof in zijn oordeel niet zou zijn ingegaan op alle relevante omstandigheden die door Alcoa zijn aangevoerd, zoals de omstandigheden dat Alcoa niet wist dat de oppervlakte kleiner was dan opgegeven en haar derhalve geen verwijt treft, en dat verweerster een ervaren handelaar in onroerend goed is en met het overeenkomen van de exoneratie bewust het risico van ondermaat heeft aanvaard.

A-G Huydecoper komt in zijn conclusie bij het onderhavige arrest tot de slotsom dat de aanvaardbaarheid van een beroep op een exoneratieclausule onder vrijwel alle denkbare omstandigheden een onderzoek zal vereisen naar de mate van verwijtbaarheid die aan de gebruiker van het beding (of aan personen voor wie de gebruiker verantwoordelijkheid draagt) kan worden gemaakt. Volgens Huydecoper is daarbij een “*leading case*” HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 585 (Kuunders/Swinkels). Dit arrest laat zien dat (het ontbreken van) ernstige schuld niet noodzakelijkerwijs beslissend is als het gaat om de aanvaardbaarheid van een beroep op een exoneratie.

Vermeldenswaard is nog dat Huydecoper in zijn conclusie bij het arrest KPN/Tamminga⁵ voor wat betreft de beoordeling van de houdbaarheid van exoneraties geen onderscheid ziet tussen huurovereenkomsten en andere contracten. Naar

3. Zie voor meer informatie ook de website van het Nederlands Normalisatie-instituut, www.nen.nl. De meest recente NEN 2580 norm dateert van 1 juli 2007.
4. Het gebruik door het hof van het woord ‘mede’ lijkt erop te duiden dat er door het hof meer omstandigheden van belang zijn geacht bij het aannemen van het beroep van koper op de redelijkheid en billijkheid. Niet duidelijk wordt echter welke dit dan zijn.
5. Zie HR 3 september 2010, *NJ* 2010, 474 (KPN/Tamminga) onder 45.

zijn mening ontbreekt iedere aanwijzing dat op dit punt een breuk met het verdere verbintenissenrecht zou zijn bedoeld. Gezien het voorgaande is de conclusie dat exoneraties omtrent onder- of overmaat door een rechter niet snel opzij zullen worden geschoven zolang niet is vastgesteld dat de gebruiker van de exoneratie een (ernstig) verwijt valt te maken ten aanzien van fouten met betrekking tot de gemeten oppervlakte. Verhuurders die hun aansprakelijkheid ter zake dit onderwerp wensen in te perken, hebben derhalve in beginsel vrij spel. Het is dan ook opvallend dat in de veelgebruikte (verhuurdersvriendelijke) ROZ-modelovereenkomsten en bijbehorende algemene bepalingen een dergelijke regeling niet te vinden is. In de algemene bepalingen behorende bij de RND-modelhuurovereenkomst⁶ is in art. 4.5 een garantie opgenomen die bepaalt dat de totale verhuurbare oppervlakte niet meer dan 3% afwijkt van de door de verhuurder in de huurovereenkomst opgegeven vloeroppervlakte. Ik denk dat een dergelijke regeling de goedkeuring van partijen over het algemeen wel zal kunnen dragen: verhuurder wordt niet voor de geringste afwijking aangesproken, terwijl huurder niet alle rechten worden ontnomen in geval van een forse ondermaat. In geval partijen met de NEN 2580 norm wensen te werken, verdient het nog aanbeveling om te vermelden welke versie (bijvoorbeeld de op het moment van verichten van de meting meest recente versie) wordt toegepast omdat ook dit weer tot oppervlakteverschillen kan leiden. Daarbij kan ervoor worden gekozen om het meetrapport vast te stellen op basis van NTA 2581. Hierin is vastgelegd hoe meetrapporten volgens NEN 2580 opgesteld moeten worden en welk onderscheid er tussen metingen wordt gemaakt.

R. de Vries⁷

10. Hof 's-Gravenhage

28 februari 2012

LJN BW0027

Appellant sub 1 en Stichting Mozaïek Wonen / geïntimeerde

(Er is geen cassatie ingesteld)

Samenvatting

Beëindiging, dringend eigen gebruik, belangenafweging, wachttijd

De vorderingen van verhuurder tot beëindiging van de huurovereenkomst met huurder (coffeeshop) na een looptijd van ruim 11 jaar vanwege renovatie/herontwikkeling op grond van dringend eigen gebruik, onbehoorlijke bedrijfsvoering en/of algemene belangenafweging, worden afgewezen. Het hof oordeelt dat de wachttijd van drie jaar ten aanzien van de vordering die ziet op dringend eigen gebruik van toepassing is, nu er nog geen drie jaren zijn verstreken sinds de rechtsoverdracht aan huurder is medegedeeld. Voorts is onbehoorlijke bedrijfsvoering niet aannemelijk geworden. De belangenafweging dient ten slotte ook in het voordeel van de huurder uit te vallen. Volgt bekrachtiging van het vonnis in eerste aanleg.

Gerechtshof

[appellant sub 1]

wonende te Heiloo,

appellant,

hierna te noemen: [appellant sub 1],

advocaat: mr. G.M. Kerpestein te Amsterdam,

en

Stichting Mozaïek Wonen,

gevestigd te Gouda,
gevoegde partij aan de zijde van appellant,
hierna te noemen: Mozaïek Wonen,
advocaat: mr. G.M. Kerpestein te Amsterdam,
tegen

[geïntimeerde]

wonende te Gouda,

geïntimeerde,

hierna te noemen: [geïntimeerde],

advocaat: mr. P. van Riessen te Gouda.

(...)

Beoordeling van het hoger beroep

1. De door de kantonrechter in het bestreden vonnis van 16 september 2010 vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daarvan uitgaan.

2. Het gaat in deze zaak om het volgende:

2.1 [appellant sub 1] verhuurt vanaf 1 januari 1999 aan (voor zover thans relevant) [geïntimeerde] de bedrijfsruimte aan de Cappenersteeg 30 te Gouda (hierna ook: het pand). In eerste instantie geschiedde dit voor de duur van een jaar. Per 1 januari 2001 is de huur voor onbepaalde tijd verlengd. [geïntimeerde] exploiteert in het pand, met een door de burgemeester van Gouda afgegeven gedoogverklaring, een coffeeshop waarin onder meer softdrugs worden verkocht aan het publiek.

2.2 Op 4 maart 2009 heeft [appellant sub 1] het pand verkocht aan Mozaïek Wonen.

2.3 Bij brief van 10 maart 2009 heeft [appellant sub 1] de huurovereenkomst aan [geïntimeerde] opgezegd tegen 1 april 2010. Aan deze opzegging heeft hij ten grondslag gelegd dat hij het pand zelf dringend nodig heeft in verband met renovatie, dat zijn belangen bij de beëindiging van de huurovereenkomst zwaarder wegen dan de belangen van [geïntimeerde] bij de voortzetting van de huur en onbehoorlijke bedrijfsvoering.

2.4 Op 1 april 2010 heeft [appellant sub 1] het pand geleverd aan Mozaïek Wonen. Mozaïek wonen is rechtsopvolger onder bijzondere titel van [appellant sub 1] geworden.

3. Na eiswijziging in hoger beroep, wordt gevorderd om het bestreden vonnis van de kantonrechter te vernietigen en, opnieuw rechtdoende bij arrest voorzover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad en op de minuut:

I. te verklaren voor recht dat Mozaïek Wonen in deze procedure per 1 april 2010 moet worden aangemerkt als verhuurder van het pand en in die hoedanigheid de procedure in eerste aanleg als eiseres van haar rechtsvoorganger [appellant sub 1] heeft overgenomen zulks per 1 april 2010 en per voormelde datum de belangen bij huurbeëindiging van [appellant sub 1] heeft overgenomen;

II. het tijdstip vast te stellen waarop de huurovereenkomst tussen Mozaïek Wonen en [geïntimeerde] als huurder van het pand met toebehoren en aangehörigheden zal eindigen, met vaststelling van het tijdstip van de ontruiming daarvan en met veroordeling van [geïntimeerde] om het pand met al degenen en al hetgeen dat zich daarin of daarop harentwe-

6. Model van de Raad Nederlandse Detailhandel, gedeponeerd bij de griffie van de Rechtbank Amsterdam op 18 mei 2010 onder nummer 53/2010.

7. Rob de Vries is werkzaam als advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam.

ge bevinden respectievelijk bevindt voorzover niet in eigendom van verhuurder voor of uiterlijk op het tijdstip van de ontruiming volledig, behoorlijk en bezemschoon te verlaten en te ontruimen en met afgifte van de sleutels ter vrije beschikking aan Mozaïek Wonen te stellen en vervolgens verlaten en ontruimd te houden, zulks met machtiging van Mozaïek Wonen om zo nodig op kosten van [geïntimeerde] de ontruiming te bewerkstelligen met behulp van de sterke arm, op straffe van een onmiddellijk opeisbare dwangsom ten bedrage van € 2.500,- per dag of gedeelte van een dag dat [geïntimeerde] in gebreke blijft met de uitvoering van opgemeld bevel, (...).

4. De kantonrechter heeft de vordering, die in eerste aanleg slechts het onder II vermelde betrof, afgewezen. Daarbij is overwogen dat [appellant sub 1] het pand lopende de procedure op grond van een bijzondere titel in eigendom heeft overgedragen aan Mozaïek Wonen, zodat Mozaïek Wonen verhuurster is geworden van het pand. De kantonrechter heeft vastgesteld dat - bij gebreke van een schorsing volgens het bepaalde in art. 225 Rv of een interventie krachtens de art. 217 e.v. Rv - het geding is voortgezet op naam van [appellant sub 1]. Hetgeen Mozaïek Wonen omtrent haar belang naar voren heeft gebracht, heeft hij buiten beschouwing gelaten. Vervolgens heeft hij overwogen dat [appellant sub 1] wegens de verkoop van het pand aan Mozaïek geen belang (meer) heeft bij de ontbinding en ontruiming.

5. In hoger beroep heeft [geïntimeerde] geconcludeerd tot niet-ontvankelijkheid wegens het ontbreken van grieven. Met [appellant sub 1] is het hof van oordeel dat er wel grieven zijn aangevoerd. Zoals ook blijkt uit het subsidiair geformuleerde verweer in de memorie van antwoord, heeft [appellant sub 1] in zijn memorie van grieven aan [geïntimeerde] en de rechter voldoende duidelijk gemaakt welke bezwaren er bestaan tegen het vonnis van de kantonrechter. Het hoger beroep is dan ook ontvankelijk.

6. [appellant sub 1] heeft aangevoerd dat de kantonrechter ten onrechte voorbij is gegaan aan het facultatieve karakter van art. 225 Rv en het feit dat een partijwisseling bij elk processtuk kan plaatsvinden.

7. Mozaïek Wonen is door voeging aan de zijde van [appellant sub 1] aan het geding in hoger beroep gaan deelnemen. Door deze voeging is Mozaïek Wonen alsnog op de juiste wijze in de procedure verschenen en dient het hof tot inhoudelijke beoordeling van het geschil over te gaan.

8. Met betrekking tot het onder I gevorderde heeft [geïntimeerde] aangevoerd dat de verklaring voor recht niet toewijsbaar is, omdat daar geen belang bij bestaat. Het hof deelt deze opvatting. Tussen partij staat immers niet ter discussie dat Mozaïek Wonen per 1 april 2010 eigenaar is geworden van het gehuurde en mitsdien als verhuurder moet worden aangemerkt en overigens in deze procedure een inhoudelijk oordeel wordt gegeven over de procespositie van Mozaïek Wonen en haar belangen worden gewogen.

9. Aan het onder II gevorderde zijn de volgende gronden ten grondslag gelegd:

- a. dringend eigen gebruik, waaronder renovatie (art. 7:296, lid 1, sub b BW);
- b. de bedrijfsvoering is niet geweest zoals een goed huurder betaamt (art. 7:296, lid 1, sub a BW);
- c. de belangen van de verhuurder wegen zwaarder dan de belangen van de huurder (art. 7:296, lid 3 BW).

10. [geïntimeerde] heeft aangevoerd dat het onder II gevorderde niet toewijsbaar is gedurende de eerste drie jaar na

overname van het pand en schriftelijke kennisgeving daarvan aan hem. Daarbij beroept hij zich op art. 7:296, lid 2 BW. (...)

11. Het hof stelt voorop dat het beroep op art. 7:296, lid 2 BW slechts betrekking kan hebben op de onder a genoemde grondslag. Uit de tekst van art. 7:296, lid 2 BW vloeit immers voort dat de werking van deze bepaling beperkt is tot vorderingen die zijn gebaseerd op art. 7:296, lid 1, onder b BW. De door [geïntimeerde] aangehaalde jurisprudentie (Hoge Raad 22-6-2011, NJ 2001, 585) heeft, gelet op de huidige tekst van de wet, zijn relevantie (wat dit betreft) verloren.

12. [appellant sub 1] heeft het pand verkocht aan Mozaïek Wonen. Daarmee heeft [appellant sub 1] zijn positie als verhuurder verloren en is Mozaïek Wonen hem in die hoedanigheid opgevolgd. [geïntimeerde] heeft onbetwist gesteld dat de eigendomsoverdracht hem eerst in de conclusie van 24 juni 2010 onder de aandacht is gebracht. Vanaf dat moment is de genoemde vordering op grond van art. 7:296, lid 2 BW gedurende drie jaar niet toewijsbaar. Nu deze termijn van drie jaar nog niet is verstreken, kan de vordering gebaseerd op art. 7:296, lid 1, onder b BW niet worden toegewezen. Dat de opzegging is geschied en de onderhavige vordering reeds aanhangig is gemaakt vóór de formele overdracht van [appellant sub 1] aan Mozaïek Wonen, maakt dat niet anders. Een interpretatie zoals voorgestaan door [appellant sub 1] en Mozaïek Wonen, zou het omzeilen van de werking van art. 7:296, lid 2 BW zeer eenvoudig maken en onevenredig afbreuk doen aan de belangen van de huurder. (...)

13. Ten aanzien van de wijze van bedrijfsvoering (de grondslag bij 9. genoemd onder b.) hebben [appellant sub 1] en Mozaïek Wonen gesteld dat deze onbehoorlijk is, omdat [geïntimeerde] een drugshandel exploiteert met overlast en verpaupering op een bijna geheel herontwikkelde locatie, een grensoverschrijdende uitbouw niet verwijderd en weigert mee te werken aan verplaatsing naar een alternatieve locatie, met name op het adres Lage Gouwe 4-6. [geïntimeerde] heeft hiertegen verweer gevoerd.

14. Naar het oordeel van het hof is, in reactie op het gemotiveerde verweer van [geïntimeerde], onvoldoende gesteld ten aanzien van de bedrijfsvoering om aan te nemen dat sprake is van onbehoorlijke bedrijfsvoering zoals bedoeld in art. 7:296, lid 1, onder a BW. [geïntimeerde] beschikt over een gedoogvergunning van de burgemeester van de gemeente Gouda en hij heeft onbetwist gesteld zes personen in dienst te hebben en over 2008 een omzet te hebben gegenereerd van bijna € 400.000,-. Hoewel uit sommige van de door [appellant sub 1] overgelegde artikelen kan worden afgeleid dat sprake is van (parkeer)overlast bij het pand, heeft [geïntimeerde] terecht gewezen op een citaat van een medewerker bijzondere wetten van de gemeente Gouda die zegt dat nauwelijks overlast wordt ondervonden. [geïntimeerde] heeft gemotiveerd aangegeven dat (anders dan Mozaïek Wonen doet voorkomen) in de wijk geen of nauwelijks gezinnen met kinderen wonen. Van bijzondere risico's voor deze groep in de directe omgeving kan dan ook geen sprake zijn. [geïntimeerde] erkent op zich dat sprake is van verpaupering in de buurt, maar hij heeft toegelicht dat deze reeds lang aanwezig is en los staat van zijn bedrijfsvoering. Uit de lage waarde van het pand, kan (in tegenstelling tot hetgeen [appellant sub 1] en Mozaïek Wonen blijkbaar aannemen) de onbehoorlijke bedrijfsvoering van [geïntimeerde] niet worden afgeleid. De overige aangevoerde omstandighe-

den zien niet op de (on)behoorlijkheid van de bedrijfsvoering en zijn bij deze beoordeling dan ook niet van doorslaggevend belang.

15. Ten aanzien van de belangenafweging (de grondslag genoemd onder c.) is door [appellant sub 1] en Mozaïek Wonen gesteld dat de belangen van de verhuurder zwaarder wegen dan de belangen van [geïntimeerde] als huurder. Daarbij zijn de hiervoor reeds genoemde argumenten naar voren gebracht. [geïntimeerde] heeft wederom verweer gevoerd.

16. Nu de huurtermijn van tien jaar is verstreken, komt het hof toe aan een belangenafweging op grond van art. 7:296, lid 3 BW. Daarbij dienen alle omstandigheden van het geval te worden meegenomen.

17. In redelijkheid alle belangen afwegende komt het hof tot de conclusie dat de vordering dient te worden afgewezen. [appellant sub 1] en Mozaïek Wonen hebben onmiskenbaar groot belang bij herontwikkeling van het gebied waarin [geïntimeerde] zijn coffeeshop exploiteert. Anderzijds heeft [geïntimeerde] groot belang bij de mogelijkheid om zijn bedrijf voort te zetten. Nu hij een coffeeshop exploiteert, is hij daarvoor afhankelijk van een gedoogvergunning. Hierdoor is hij beperkt in zijn mogelijkheden om de zaak elders te continueren. [appellant sub 1] en Mozaïek Wonen hebben bij hun aanbod tot verplaatsing daar onvoldoende rekening mee gehouden. [geïntimeerde] heeft immers (onbetwist) aangevoerd dat hij op de aangeboden alternatieve locatie aan de Lage Gouwe geen gedoogvergunning zal kunnen krijgen wegens de aanwezigheid van scholen in de directe omgeving. Mogelijke andere locaties hebben [appellant sub 1] en Mozaïek Wonen onvoldoende geconcretiseerd. [appellant sub 1] en Mozaïek Wonen hebben bovendien met betrekking tot het aanbod van [geïntimeerde] om mee te werken aan de renovatie en na afloop daarvan meer huur te gaan betalen voor het pand slechts gereageerd door te herhalen dat zij groot belang hechten aan herontwikkeling en dat zij daar in geen plaats zien voor de onderneming van [geïntimeerde]. Door aldus de negatieve gevolgen van de herontwikkeling eenzijdig bij de individuele huurder te leggen, weegt het belang van de verhuurder bij renovatie niet op tegen het individuele belang van [geïntimeerde].

Het argument dat sprake is van een grensoverschrijdende uitbouw, acht het hof geen doorslaggevende reden in de belangenafweging, nu de derde op wiens grond de bouw heeft plaatsgevonden (de gemeente Gouda) in beginsel andere publiekrechtelijke en privaatrechtelijke wegen ten dienste staan om op te treden en de verhuurder hierdoor (thans) niet, althans onvoldoende, in haar belangen wordt getroffen.

18. Nu de aan de vordering tot opzegging van de huurovereenkomst ten grondslag gelegde gronden niet opgaan, zal ook het gevorderde onder II worden afgewezen. (...)

19. Het bestreden vonnis, waarbij de vorderingen jegens [geïntimeerde] zijn afgewezen en [appellant sub 1] in de proceskosten is veroordeeld, zal worden bekrachtigd. [appellant sub 1] en Mozaïek Wonen zullen hoofdelijk in de proceskosten worden veroordeeld, nu zij in het ongelijk worden gesteld. Mozaïek wonen zal worden veroordeeld tot betaling van de kosten in het incident. (...)

Dit arrest is gewezen door mrs. Dupain, J.E.H.M. Pinckaers en H.J.H. van Meegen (...).

Commentaar

Om twee redenen een interessant arrest inzake de beëindigingsperikelen bij een opzegging van 290-bedrijfsruimte door een verhuurder vanwege een herontwikkeling. Ten eer-

ste oordeelt het Hof 's-Gravenhage dat verhuurder de huurovereenkomst niet rechtsgeldig kan beëindigen door opzegging op grond van art. 7:296 lid 1, sub b BW (dringend eigen gebruik) vanwege de wachttijd van drie jaar, terwijl de huurovereenkomst zich reeds in de onbepaalde tijd bevindt (te weten ná tien jaar). Ten tweede is het arrest interessant omdat de beëindigingsvordering, die mede gebaseerd is op de algemene belangenafweging, wordt afgewezen omdat het hof oordeelt dat de belangen van huurder prevaleren boven de belangen van verhuurder, iets wat zelden voorkomt.

De Hoge Raad heeft zich in het inmiddels veelbesproken arrest van 24 september 2010 (Toko Mitra) uitgelaten over de vraag wanneer de wachttijd van drie jaar van toepassing is.⁸ De Hoge Raad heeft in dat arrest bepaald dat de wachttijd van drie jaar alleen geldt bij een huuropzegging op grond van dringend eigen gebruik tegen het einde van de eerste huurtermijn. De Hoge Raad komt tot dit oordeel op grond van de tekst en de systematiek van de (nieuwe) wet.⁹ De vraag die ik mij naar aanleiding van dat arrest in een eerder artikel heb gesteld, is hoe de situatie na tien jaar is, indien er geen huurovereenkomst is gesloten van vijf + vijf jaar, maar indien de huurovereenkomst initieel is aangegaan voor tien jaar.¹⁰ Strikt genomen zou de wachttijd in deze laatste situatie dan (ook) nog steeds gelden nu het gaat om een opzegging op grond van dringend eigen gebruik na het einde van de eerste huurperiode. Dit is echter onbevredigend, nu het in beide gevallen gaat om een huurovereenkomst die wordt beëindigd na tien jaar. Het zou logisch zijn indien de wachttijd ná tien jaar (of dit nu gaat om een eerste of een tweede huurperiode) niet meer van toepassing is. Dat sluit ook aan bij de bedoeling van de wetgever (na tien jaar geniet een huurder immers minder bescherming dan na vijf jaar). Een strikte uitleg van de wet en Toko Mitra biedt helaas weinig ruimte voor deze bedoeling van de wetgever (de Hoge Raad oordeelt in Toko Mitra immers ook slechts op basis van de tekst en de systematiek van de wet.)¹¹ Tot op heden is geen rechtspraak geweest die antwoord geeft op deze vraag. Wel heeft het Hof 's-Gravenhage in zijn arrest van 26 juli 2011 bevestigd dat de wachttijd van drie jaar alleen geldt bij een opzegging tegen het einde van de eerste huurtermijn en niet tegen het einde van latere termijnen.¹² Daarenboven heeft het hof ook bepaald dat een opzegging gedaan binnen de wachttijd tegen de eerste huurtermijn (de vordering op grond van dringend eigen gebruik dient alsdan te worden afgewezen) in het kader van een opzegging op grond van de belangenweging (tegen een latere huurtermijn) geen (relevante) rol meer kan spelen.

Het onderhavige arrest lijkt niet in lijn te zijn met vernoemde arresten van de Hoge Raad en van het Hof 's-Gravenhage. Het gaat immers om een huurovereenkomst die is aangevangen op 1 januari 1999 (voor een initiële periode van één jaar) en die zich op het moment van opzegging

8. HR 24 september 2010, *LJN* BM9758.

9. Onder het oude huurrecht van vóór 2003 gold dat de wachttijd van drie jaar als formele belemmering moest worden gezien voor de verhuurder die het gehuurde voor eigen doeleinden wenste te gebruiken, ook als de opzegging werd gedaan tegen het einde van de tweede termijn.

10. M. van Schoonhoven-Sloot, 'De 'wachttijd van drie jaar' bij opzegging', *TvHB* 2011, p. 67-68.

11. HR 24 september 2010, *LJN* BM9758.

12. Hof 's-Gravenhage 26 juli 2011, *LJN* BR3166.

(10 maart 2009) in de onbepaalde tijd bevindt.¹³ Ondanks het feit dat de opzegging niet is gedaan tegen het einde van de initiële huurperiode, is het hof van mening dat de vordering niet toewijsbaar is omdat huurder pas op 24 juni 2010 op de hoogte is gebracht van de eigendomsoverdracht en de wachttijd van drie jaar dientengevolge nog niet is verstreken. Het hof oordeelt derhalve dat de wachttijd wél van toepassing is. Nu het hof geen onderscheid maakt tussen de initiële huurperiode en de periode daarna en dus niet expliciet overweegt dat de wachttijd ook ná de initiële huurperiode van toepassing is, lijkt het erop dat het hof *onbewust* is afgeweken van het arrest van de Hoge Raad. In het licht van het arrest van de Hoge Raad een onjuiste uitspraak. In het licht van rechtspraak van vóór het arrest van de Hoge Raad, een minder onjuiste uitspraak. Immers, tot Toko Mitra was slechts van belang of de opzegging als een ‘dringend eigen gebruik’ opzegging moest worden beschouwd ongeacht tegen welke huurperiode was opgezegd. Indien dat het geval was (ook als formeel werd opgezegd op grond van de algemene belangenafweging), dan was de wachttijd van toepassing indien voor het overige werd voldaan aan de eisen van art. 7:296 lid 2 BW. Omzeiling van de wachttijd was niet (meer) mogelijk. Vanwege de vele kritieken op Toko Mitra, is het goed denkbaar dat het onderhavige arrest op dat punt goed wordt ontvangen. Echter, nu het erop lijkt dat het hof niet bewust is afgeweken van Toko Mitra, is de vraag welke waarde dit arrest heeft. Mijn inschatting is dat huurders – vanwege het ontbreken van een toelichting – hun voordeel hier niet mee kunnen doen.

Overigens, het hof komt mijns inziens wel terecht (en bewust) tot het oordeel dat de stelling van de verhuurder dat de wachttijd niet van toepassing zou zijn omdat de huurovereenkomst nog door de vorige verhuurder is opgezegd en de procedure ook nog door de vorige verhuurder is aangevangen, niet een juiste is (uiteraard uitgaande van de situatie dat de wachttijd van toepassing zou zijn). Alsdan zou art. 7:296 lid 2 BW immers eenvoudig te omzeilen zijn en dit zou onevenredig afbreuk doen aan de belangen van de huurder. Ook inzake de belangenafweging maakt het hof een keuze die de meeste rechters niet maken. Het hof laat de belangen van de huurder prevaleren boven de belangen van de verhuurder. Ondanks het feit dat het hof tot de conclusie komt dat verhuurder een “*onmiskkenbaar groot belang bij herontwikkeling van het gebied waar [geïntimeerde] zijn coffeeshop exploiteert*” heeft, dient de belangenafweging in het voordeel van de huurder uit te vallen. Het hof oordeelt dat de huurder beperkt is in zijn mogelijkheden om zijn bedrijf elders voort te zetten omdat hij afhankelijk is van een goedgoevergunning. Bij de aanbieding aan huurder om het bedrijf te verplaatsen, zou daar onvoldoende rekening mee zijn gehouden. Het hof oordeelt voorts dat verhuurder mogelijke andere locaties onvoldoende zou hebben geconcretiseerd. Hoewel het aanbieden van locaties geen recht is waar huurders een beroep op kunnen doen, blijkt weer eens dat dit argument bij de belangenafweging wél een rol kan spelen (alle belangen kunnen hierbij immers een rol spelen). Het lijkt erop dat de doorslag voor het hof is geweest het feit dat de huurder heeft aangeboden om mee te werken aan de renovatie en daarbij bereid is om meer huur te gaan betalen. Hierop is “*slechts gereageerd door te herhalen dat zij groot belang hechten aan herontwikkeling en dat zij daarin geen plaats zien voor de onderneming van [geïntimeerde]. Door aldus de negatieve gevolgen van de herontwikkeling eenzijdig bij*

de individuele huurder te leggen, weegt het belang van de verhuurder bij renovatie niet op tegen het individuele belang van [geïntimeerde].” Kortom, de huurovereenkomst met de huurder van de coffeeshop wordt niet beëindigd.

Dat over enigszins vergelijkbare zaken niet altijd vergelijkbaar wordt geoordeeld, blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 16 maart 2012 met bijbehorende conclusie van de Advocaat-Generaal J.L.R.A. Huydecoper.¹⁴ Het betrof (eveneens) een opzegging van een coffeeshop op grond van dringend eigen gebruik. Zowel de kantonrechter als, in hoger beroep, het hof hebben de door de verhuurder aangevoerde grond (dringend eigen gebruik) als deugdelijk aangemerkt, en de vordering tot huurbeëindiging dus toegewezen (c.q. het daartoe strekkende vonnis bekrachtigd). De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep van huurder zonder toelichting (art. 81 RO). De conclusie van Huydecoper daarbij is interessant. Huydecoper gaat namelijk in op de vraag in hoeverre het arrest van de Hoge Raad van 26 maart 2010 (dringend eigen gebruik bij woonruimte) invloed heeft op het te wijzen arrest van 16 maart 2012.¹⁵ De Hoge Raad overwoog in het arrest van 26 maart 2010 onder meer: “*Het enkele feit dat de verhuurder wil overgaan tot de uitvoering van een bouw- en renovatieplan, kan geen grond opleveren voor het aannemen van dringend eigen gebruik, in de regel ook niet ingeval de exploitatie van het verhuurde in ongewijzigde staat onrendabel is. Indien echter sprake is van een structurele wanverhouding tussen de exploitatiekosten en de huuropbrengsten, kan het oordeel gerechtvaardigd zijn dat de verhuurder het verhuurde in verband met renovatie zo dringend nodig heeft voor eigen gebruik dat van hem, de belangen van beide partijen naar billijkheid in aanmerking genomen, niet kan worden verlangd dat de huurverhouding wordt voortgezet.*”¹⁶ Huydecoper is daarbij van mening dat de Hoge Raad met deze overweging heeft willen accentueren dat voor het aannemen van ‘dringend eigen gebruik’, althans bij de toepassing van art. 7:274 BW (woonruimte) “*in een geval waarin de verhuurder overwegend financiële motieven voor de renovatie had, een relatief hoge graad van ‘klemmendheid’ met betrekking tot de door de verhuurder gewenste aanwending van het gehuurde nodig is.*”¹⁷ Huydecoper geeft voorts aan dat de Hoge Raad niet heeft bedoeld deze “*restrictieve uitleg ‘door te trekken’ naar renovaties die niet uit (overwegend) financiële motieven worden geïnitieerd, maar die (mede, of vooral) worden ingegeven door sociale en beleidsmatige motieven - bijvoorbeeld: het verbeteren van de leefbaarheid en veiligheid van de buurt waarin*

-
13. Partijen zijn weliswaar na twee jaar al een verlenging voor onbepaalde tijd overeengekomen; echter op grond van art. 7:301 BW is dit niet mogelijk aangezien partijen hiervoor geen goedkeuring van de kantonrechter hebben gevraagd. De huurovereenkomst is na twee jaar derhalve van rechtswege verlengd tot vijf jaar (art. 7:301 BW). Ná vijf jaar (per 1 januari 2004) is de overeenkomst vervolgens verlengd tot tien jaar (tot 1 januari 2009) (art. 7:292 lid 2 BW). Na tien jaar bevindt de overeenkomst zich in de onbepaalde tijd (art. 7:300 lid 1 BW).
 14. HR 16 maart 2012, *LJN* BV1769.
 15. HR 26 maart 2010, *NJ* 2010, 190.
 16. HR 26 maart 2012, *NJ* 2010, 190 r.o. 3.4.2.
 17. HR 16 maart 2012, *LJN* BV1769, alinea 9 conclusie Huydecoper.

het gehuurde ligt.”¹⁸ De vraag die Huydecoper zich mijns inziens terecht stelt, is in hoeverre dit arrest ook bij bedrijfsruimte van toepassing is: “In de onderhavige zaak gaat het om renovatie die – in elk geval mede – wordt ingegeven door motieven die zien op de leefbaarheid en veiligheid van de buurt (het betreft de Amsterdamse Dapperbuurt (...)). Als het inderdaad zo is dat het arrest van 26 maart 2010 er niet toe strekt, ook voor zo’n geval aan te geven dat ‘dringend eigen gebruik’ slechts bij aanwezigheid van een structurele wanverhouding van exploitatiebaten en -lasten mag worden aangenomen, kan blijven rusten de vraag of het in dat arrest overwogene ook ziet op de regels terzake van ‘dringend eigen gebruik’ in het huurrecht voor bedrijfsruimte: het arrest zou dan immers, wat betreft de in de onderhavige zaak te beoordelen gegevens en belangen, geen relevante afwijking opleveren van de kaders die in de hiervóór aangehaalde rechtspraak zijn getrokken. Ik meen, zoals ik in mijn bijdrage aan T&C al aangaf, dat het arrest inderdaad zo moet worden begrepen. Het lijkt mij dat een andere uitleg van het arrest, zeker als die ook betrekking zou hebben op de regels van dringend eigen gebruik in het huurrecht voor bedrijfsruimte, een ongelukkig en niet gerechtvaardigde beperking zou inhouden van wat de rechter in dit verband bij de afweging van de in geding zijnde belangen kan en mag doen. Dat beklemtoont dat die andere uitleg niet de juiste kan zijn.”¹⁹

Kortom, Huydecoper komt tot de conclusie dat niet wordt toegekomen aan de vraag of voornoemd arrest ook van toepassing is op het huurrecht voor bedrijfsruimte, omdat de motieven van de renovatie in de Amsterdamse Dapperbuurt niet alleen zijn ingegeven door financiële motieven. Een juiste conclusie lijkt mij. Ik meen overigens dat bij een renovatie van bedrijfsruimte die in overwegende mate wél financieel gedreven zou zijn, (ook) geen relatief hoge graad van ‘klemmendheid’ zou moeten gelden bij de beoordeling hiervan. Verhuurders van bedrijfsruimte zouden hierin immers een grotere beleidsvrijheid moeten hebben dan verhuurders van woonruimte.

Overigens is Huydecoper voorts van mening dat de Hoge Raad niet zou moeten anticiperen op het initiatiefwetsvoorstel van 27 september 2011.²⁰ Huydecoper is van mening dat dit anders zou kunnen zijn indien het ontwerp zou voorzien in het ‘dichten’ van een “algemeen als onjuist en onwenselijk beoordeelde lacune in de wet; maar dat is volgens mij niet het geval.”²¹ Huydecoper maakt vervolgens korte metten met het wetsontwerp. De toelichting zou berusten op een “rijkelijk zwakke basis”.²² Huydecoper meent dat het oordeel van het hof dat de bijzondere aard van (de nering van) een coffeeshop een negatief effect heeft op de exploitbaarheid van de beoogde nieuwbouw en op de beoogde verbetering van de leefbaarheid, en dat mede daarom de dringende noodzaak van de uitvoering zoals die door de verhuurder wordt nagestreefd, voldoende is komen vast te staan, een begrijpelijk oordeel is, dat in geen enkel opzicht indruist tegen de huidige rechtsleer. Vanwege het feit dat dit oordeel van het hof overwegend een feitelijk karakter heeft, is het oordeel in cassatie onaantastbaar. Kortom, de coffeeshop trekt in Amsterdam – in tegenstelling tot in ‘s-Gravenhage – aan het kortste eind.

M. van Schoonhoven-Sloot²³

11. Hoge Raad

10 februari 2012

RvdW 2012, 279; WR 2012, 39; LJV BU5602

Beroep in cassatie van Hof ‘s-Gravenhage 9 november 2010²⁴

Van Neerbos Bouwmarkten B.V./Gemeente Den Haag

Samenvatting

Kwalificatie, connexiteit, doorbreking rechtsmiddelenverbod

Centraal staat de vraag of het gehuurde is aan te merken als een onroerende aanhorigheid in de zin van art. 7:290 lid 3 BW. Het hof had overwogen dat beslissend is of de ‘andere’ ruimte aangemerkt kan worden als gehuurde bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 lid 2 BW. Volgens de Hoge Raad is dit onjuist. Noodzakelijk, maar ook voldoende, is dat de verhuurder ermee heeft ingestemd dat de verhuurde ruimte wordt bestemd om tezamen met de andere door de huurder gebezigde ruimte als bedrijfsruimte te worden gebruikt. Het enkele feit dat de huurder eigenaar is van die andere ruimte, staat aan de contractuele bestemming tot onroerende aanhorigheid in de zin van art. 7:290 lid 3 BW niet in de weg.

Hoge Raad

Van Neerbos Bouwmarkten B.V.,

gevestigd te ‘s-Gravenhage,

verzoekster tot cassatie,

advocaten: mr. D. Rijpma en mr. A. van Staden ten Brink, tegen

Gemeente Den Haag,

zetelende te ‘s-Gravenhage,

verweerster in cassatie,

advocaat: mr. M.E.M.G. Peletier.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Van Neerbos en de Gemeente.

(...)

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Van Neerbos exploiteert een bouwmarkt vanuit een aan haar in eigendom toebehorend gebouw.

(ii) Van Neerbos heeft bij een daartoe op 31 december 1990 gesloten overeenkomst een naastgelegen pand aan de [astraat 1] te Den Haag gehuurd. De huur werd aangegaan voor een periode van drie jaar ingaande op 1 maart 1991, met de mogelijkheid van stilzwijgende verlenging met perioden van telkens vijf jaar; opzegging dient te geschieden met inachtneming van een termijn van tenminste twaalf maanden voorafgaande aan het verstrijken van een lopende termijn. Het huurcontract vermeldt verder onder meer:

18. HR 16 maart 2012, LJV BV1769, alinea 10 conclusie Huydecoper.

19. HR 16 maart 2012, LJV BV1769, alinea’s 11 en 12 conclusie Huydecoper.

20. Kamerstukken II 2011/12, 33 018, nr. 2.

21. HR 16 maart 2012, LJV BV1769, alinea 14 conclusie Huydecoper.

22. Zie verder HR 16 maart 2012, LJV BV1769, alinea’s 14 t/m 21 conclusie Huydecoper.

23. Marlies van Schoonhoven-Sloot is werkzaam als advocaat bij DLA Piper Nederland N.V. te Amsterdam.

24. TvHB 2011, 2 en LJV BO6553.

“7. Bestemming. Huurder en verhuurder zijn overeengekomen, dat het bedrijfscomplex zal worden gebruikt t.b.v. opslag- en magazijndoeleinden. Indien huurder het bedrijfscomplex wenst te gebruiken als verkoopruimte (indien de bestemming dit toelaat) komen partijen nu reeds overeen, dat de huurprijs zal worden aangepast. De huurprijs zal dan f 150,- per m2 excl. BTW bedragen, terwijl de overige voorwaarden onverkort van kracht blijven.”

(iii) De Gemeente heeft op 14 augustus 2007 de eigendom van het aan Van Neerbos verhuurde pand verworven en is dientengevolge verhuurster van Van Neerbos geworden. De Gemeente heeft bij brief van 28 februari 2008 de huur van het pand opgezegd tegen 1 maart 2009, met aanzegging van ontruiming per die datum.

3.2.1 Van Neerbos heeft de kantonrechter verzocht primair haar niet-ontvankelijk te verklaren in haar verzoek tot verlenging van de ontruimingsbescherming in de zin van art. 7:230a BW (omdat zij van oordeel is dat niet het gewone huurrecht, maar het recht van afdeling 7.4.6 (bedrijfsruimte), moet worden toegepast), subsidiair om de ontruimingsstermijn te verlengen tot 1 maart 2010.

De kantonrechter heeft Van Neerbos in haar verzoek niet-ontvankelijk verklaard. Het hof heeft de beschikking van de kantonrechter vernietigd en op grond van 7:230a BW de ontruimingstermijn verlengd tot 1 maart 2010.

3.2.2 Het hof heeft daartoe - voor zover in cassatie van belang - als volgt overwogen. Toepasselijkheid van het huurrecht bedrijfsruimte als bedoeld in art. 7:290 BW hangt af van het antwoord op de vraag of het gehuurde pand krachtens de huurovereenkomst bestemd is voor de uitoefening van een bedrijf als bedoeld in die bepalingen; daarbij is beslissend hetgeen partijen, mede in aanmerking genomen de inrichting van het gehuurde, bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen heeft gestaan. In het licht van de gemotiveerde betwisting door de Gemeente heeft Van Neerbos onvoldoende gesteld om te komen tot het oordeel dat het gehuurde pand als bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 lid 2 BW gekwalificeerd kan worden. (rov. 14-15)

Uit afdeling 7.4.6 vloeit voort dat het bij bedrijfsruimte als bedoeld in art. 7:290 in elk geval dient te gaan om verhuurde bedrijfsruimte. Aangezien de door Van Neerbos geëxploiteerde bouwmarkt haar eigendom is, kan het door haar van de Gemeente gehuurde pand niet worden aangemerkt als een onroerende aanhorigheid in de zin van art. 7:290 lid 3 BW. Het arrest HR 14 oktober 1983, *LJN AG4662, NJ 1984/253* waarop Van Neerbos zich beroept, vindt hier geen toepassing nu in dat geval, in tegenstelling tot de onderhavige zaak, sprake was van twee overeenkomsten van huur en verhuur, waarvan een zag op bedrijfsruimte in de zin van art. 1624 (oud) BW. Daarom kan in het midden blijven of de Gemeente (dan wel haar rechtsvoorganger) heeft ingestemd met het gebruik van het gehuurde pand tezamen met of als onderdeel van de bouwmarkt. (rov. 20-22)

3.3 Overeenkomstig art. 7:230a lid 8 BW, staat geen hogere voorziening open tegen een rechterlijke beschikking in de zin van dit artikel. Aangezien het cassatieverzoekschrift onder 9 stelt, dat de klachten ertoe strekken te betogen dat het hof buiten het toepassingsgebied van art. 7:230a BW is getreden, kan Van Neerbos nochtans in haar cassatieberoep worden ontvangen.

3.4.1 Onderdeel I.1, dat evenmin als de overige onderdelen het oordeel van het hof in rov. 14-15 bestrijdt dat het gehuurde pand op zichzelf beschouwd geen bedrijfsruim-

te is in de zin van art. 7:290 lid 2, richt rechtsklachten tegen het oordeel van het hof in rov. 20-22 dat toepassing van art. 7:290 lid 3 BW op het gehuurde pand afhangt van het antwoord op de vraag of het pand waarin de bouwmarkt van Van Neerbos wordt geëxploiteerd, aangemerkt kan worden als gehuurde bedrijfsruimte in de zin van lid 2 van genoemd artikel. Met dit oordeel - aldus het onderdeel (zakelijk weergegeven) - miskent het hof dat de huurder van een onroerende zaak, die eigenaar is van een pand waarin een bedrijf in de zin van art. 7:290 lid 2 wordt uitgeoefend, met de verhuurder kan overeenkomen dat die (gehuurde) onroerende zaak bestemd is om door de huurder te worden gebruikt als aanhorigheid in de zin van lid 3, waardoor de bepalingen van afdeling 7.4.6 BW toepassing kunnen vinden. De bedoeling om bescherming te bieden aan huurders van bedrijfsruimten als in lid 2 van art. 7:290 omschreven, ligt evenzeer ten grondslag aan de gevallen waarop lid 3 van dat artikel ziet. Ten onrechte heeft het hof daarom nagelaten te beoordelen of de verhuurder heeft ingestemd met gebruik van het gehuurde als onderdeel van het door Van Neerbos geëxploiteerde bedrijf.

3.4.2 De klachten van onderdeel I.1 slagen. De bepalingen van afdeling 7.4.6 strekken tot bescherming van huurders van bedrijfsruimte zoals omschreven in art. 7:290 lid 2. Lid 3 van art. 7:290 ziet op voorzieningen die naar hun aard (feitelijk of goederenrechtelijk) onlosmakelijk met de in lid 2 bedoelde bedrijfsruimte zijn verbonden.

Aldus beoogt lid 3 de bescherming die een huurder op grond van lid 2 geniet, uit te breiden tot die voorzieningen, waaronder onroerende aanhorigheden.

Art. 7:290, dat het toepassingsbereik van afdeling 7.4.6 regelt, sluit geenszins uit dat dergelijke aanhorigheden, indien deze op basis van een afzonderlijke overeenkomst worden gehuurd, krachtens die huurovereenkomst kunnen worden bestemd tot bedrijfsruimte in de zin van afdeling 7.4.6, nu het regime van die afdeling ook door partijen kan worden gekozen geheel los van enige feitelijke relatie met bedrijfsruimte als bedoeld in genoemd lid 2 (*Kamerstukken II 2000-2001, 26 932, nr. 5, blz. 5*). In het door het hof genoemde arrest HR 14 oktober 1983, *LJN AG4662, NJ 1984/253* heeft de Hoge Raad reeds geoordeeld, dat voor toepassing van het beschermingsregime voor bedrijfsruimtehuur in de zin van art. 1624 (oud) BW noodzakelijk, maar ook voldoende, is dat de verhuurder ermee heeft ingestemd dat de verhuurde ruimte wordt bestemd om tezamen met de andere door de huurder gebezigde ruimten als bedrijfsruimte te worden gebruikt, en dat een zodanige instemming eventueel kan worden afgeleid uit het feit dat de aard van de verhuurde ruimte meebrengt dat zij niet dan als een onderdeel van de gehele door de huurder geëxploiteerde bedrijfsruimte kan worden gezien. Deze maatstaf strookt met hetgeen de wetgever blijkens het bovenstaande voor afdeling 7.4.6 in meer algemene zin voor ogen heeft gestaan. Daarbij is derhalve niet van belang of de ‘andere door de huurder (als bedrijfsruimte) gebezigde ruimten’ door hem eveneens gehuurd worden - van dezelfde huurder of van een derde -, dan wel krachtens een andere titel bij hem in gebruik zijn.

3.4.3 Het hof heeft miskend dat het enkele feit dat Van Neerbos eigenaar is van het pand waarin de bouwmarkt wordt geëxploiteerd, niet aan een contractuele bestemming tot aanhorigheid in de zin van art. 7:290 lid 3 in de weg staat, nu daarvoor de in dat kader beslissende vraag dient te worden beantwoord of de Gemeente of haar rechtsvoorganger met

bestemming tot bedrijfsruimte in bedoelde zin heeft ingestemd. De onderdelen I.2 en I.3 en II, die klachten van dezelfde strekking aanvoeren, slagen eveneens. Na vernietiging zal het verwijzingshof alsnog de stellingen van Van Neerbos ter zake van instemming door de Gemeente of haar rechtsvoorganger in de hiervoor bedoelde zin moeten beoordelen.

3.5 Onderdeel III behoeft geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 9 november 2010;
verwijst het geding naar het gerechtshof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt de Gemeente in de kosten van het geding in cassatie, (...).

Deze beschikking is gegeven door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren J.C. van Oven, C.A. Streefkerk, W.D.H. Asser en C.E. Drion, (...).

Conclusie AG Huydecoper²⁵

Feiten en procesverloop

1. De verzoekster tot cassatie, Van Neerbos, heeft in 1990 een pand in Den Haag gehuurd, met de bestemming 'opslag- en magazijn-doeleinden'. Er was voorzien in een huurtermijn van drie jaar, stilzwijgend verlengbaar met periodes van telkens vijf jaar.

De verweerster in cassatie, de Gemeente, is in 2007 eigenares van het pand geworden en is dus, door de werking van art. 7:226 BW, als verhuurster tot Van Neerbos komen te staan.

De Gemeente heeft de huur opgezegd tegen 1 maart 2009 in verband met de wens om ter plaatse een nieuw stedenbouwkundig plan te realiseren.

2. Van Neerbos heeft de onderhavige zaak ingeleid met een verzoek, aan de kantonrechter, dat er primair toe strekte dat zij niet-ontvankelijk zou worden verklaard wegens niet-toepasselijkheid van de subsidiair ingeroepen wettelijke regels; en subsidiair, dat op de voet van art. 7:230a BW verlenging van de ontruimingstermijn zou worden toegestaan. Inzet van het aldus ingeleide geding vormt mede de vraag of het feit dat de gehuurde ruimte krachtens de huurovereenkomst wordt gebruikt als opslag- en magazijnruimte ten dienste van de naastgelegen, door Van Neerbos geëxploiteerde bouwmarkt, betekent dat het gehuurde moet worden aangemerkt als bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW.

3. In de eerste aanleg volgde de kantonrechter het zojuist in alinea 2 kort samengevatte standpunt van Van Neerbos. Op het van de kant van de Gemeente ingestelde hoger beroep oordeelde het hof echter anders. Beslissend voor het oordeel in de andere zin was, dat Van Neerbos de bouwmarkt die in verband met de gehuurde opslag- en magazijnruimte werd geëxploiteerd niet ten titel van huur en verhuur gebruikte. Van Neerbos is namelijk eigenares van het pand waarin de bouwmarkt wordt geëxploiteerd.

4. Namens Van Neerbos is tijdig en regelmatig cassatieberoep ingesteld. Van de kant van de Gemeente is een verweerschrift ingediend, waarin gemotiveerd wordt verdedigd dat het cassatieberoep zou moeten worden verworpen.

Bespreking van het cassatiemiddel

5. Het cassatiemiddel verdedigt in een aantal varianten en aan de hand van verschillende argumenten, dat het feit dat Van Neerbos eigenares is van het pand waarin de bouwmarkt wordt geëxploiteerd waar het als opslag- en magazijnruimte verhuurde pand bij wordt benut, er niet aan in de weg staat dat de huur van het laatstgenoemde pand als huur en verhuur van bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW wordt aangemerkt (en dat het hof ten onrechte anders heeft geoordeeld).

6. Bij de beoordeling van de klachten van het middel is voorop te stellen dat het hof (mogelijk: veronderstellenderwijs) tot uitgangspunt heeft genomen - en dat tussen partijen ook niet in geschil was - dat een 'bouwmarkt' is aan te merken als een kleinhandelsbedrijf zoals bedoeld in art. 7:290 lid 2 BW; zodat, ware de gebouwde zaak waarin de bouwmarkt wordt gedreven aan Van Neerbos verhuurd, die huurovereenkomst door de bepalingen van de art. 7:290 e.v. BW zou worden geregeerd.

7. Ook heeft het hof tot uitgangspunt genomen dat de huur van een pand als opslag- en magazijnruimte, wanneer die ruimte krachtens de huurovereenkomst bestemd is om gebruikt te worden in verband met een (naastgelegen) kleinhandelsbedrijf als bedoeld in art. 7:290 BW, wél aangemerkt moet worden als huur/verhuur van bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW.

De beide zojuist door mij gesignaleerde uitgangspunten staan in cassatie niet ter discussie.

8. In cassatie staat wél ter discussie de vraag, zoals die in alinea 2 hiervóór summier werd weergegeven: staat aan het toepassen van de regels van de art. 7:290 e.v. BW op de ruimte die Van Neerbos van de Gemeente huurt in de weg, dat Van Neerbos van de naastgelegen bouwmarkt eigenares is, en niet huurster?

9. De rechtsbronnen die bij de beantwoording van die vraag steun (kunnen) bieden, vind ik niet overvloedig, en ook niet altijd even verhelderend.

De belangrijkste van die rechtsbronnen, ook door de partijen in deze zaak uitvoerig belicht, lijkt mij het arrest HR 14 oktober 1983, *NJ* 1984, 253 m.nt. PAS (Tuin/Zwart).

Het ging in die zaak om de huur van een ruimte voor gebruik als fietsenstalling, een activiteit die niet onder de in art. 7:290 lid 2 BW omschreven bedrijfssoorten valt. Omdat het gebruik van de fietsenstalling echter plaatsvond in samenhang met een in de nabijheid door de huurder geëxploiteerd bedrijf waar fietsenreparatie en -verkoop werd bedreven (dus activiteiten die wél onder de in art. 7:290 lid 2 BW gegeven omschrijving(en) vallen), was in hoger beroep aangenomen dat ook de gehuurde fietsenstalling als 'bedrijfsruimte' in de zin van art. 7:290 lid 2 BW mocht worden aangemerkt. Ik teken daarbij aan dat de ruimte waarin het bedrijf van fietsenreparatie en -verkoop werd beoefend, niet werd gehuurd van de verhuurder van de als fietsenstalling gehuurde ruimte (maar van een derde).

10. De Hoge Raad beoordeelde de door de appelrechter gevonden uitkomst als onjuist. Als kern van het oordeel van de Hoge Raad merk ik de volgende zinnen uit rov. 3 van het arrest aan:

25. De conclusie is weergegeven zonder voetnoten. Op www.huurrechtonline.nl is het integrale arrest met noten te vinden.

“Uit de feiten waarvan de Rb. blijkens het voorgaande is uitgegaan, vloeit niet voort dat is voldaan aan de in art. 1624 BW gestelde eis dat de onderhavige ruimte “krachtens overeenkomst van huur en verhuur is bestemd voor” de uitoefening van een kleinhandels- of ambachtsbedrijf. Daartoe is in een geval als het onderhavige nodig dat de huurovereenkomst insluit dat de verhuurder ermee ingestemd heeft dat de verhuurde ruimte wordt bestemd om te zamen met de andere door de huurder gebezigde ruimten als bedrijfsruimte te worden gebruikt.”

11. Ik denk dat uit deze overwegingen mag worden opgemaakt dat de Hoge Raad het mogelijk acht dat een object dat zelf niet aan de omschrijving van bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 lid 2 BW beantwoordt, tóch naar de regels van de zesde afdeling van titel 4 van Boek 7 BW moet worden beoordeeld, als dat object krachtens de huurovereenkomst bestemd is om samen met andere door de huurder gebruikte ruimten als (aanhorigheid bij) bedrijfsruimte in de bedoelde zin te worden gebruikt.

12. Of dat betekent dat deze consequentie moet, of kan worden aanvaard als de huurder van het object in kwestie de andere door hem ‘gebezigde’ bedrijfsruimte(n) die wél aan de omschrijving van art. 7:290 BW beantwoorden niet huurt maar onder andere titel ter beschikking heeft, is daarmee nog niet gezegd.

De rechtsleer daarover is, zoals ik al liet blijken, alleszins beperkt.

13. Het hof Den Haag heeft in drie beslissingen, waaronder de thans in cassatie bestreden beslissing, aangenomen dat in het hier te beoordelen geval geen beroep op art. 7:290 BW kan worden gedaan.

Deze beslissingen worden in neutrale termen besproken in de aangehaalde noot van Van der Werff en in *Huurrecht* (losbl.), Palstra, art. 230a, aant. 46.2. De aangehaalde noot van Mol in *TvHB* 2009 is kritisch.

Verdere bronnen over het onderwerp heb ik niet gevonden.

14. Als men zich afvraagt wanneer een afzonderlijk gehuurde, maar voor gebruik in het kader van een van de in art. 7:290 lid 2 BW omschreven bedrijfssoorten bestemde gebouwde zaak die zelf niet als ‘verkoopspunt’ gebruikt zal worden, wel of juist niet onder het regime van de art. 7:290 e.v. BW begrepen zou moeten zijn, stuit men op een aantal ‘bijkomende’ vragen.

15. In de eerste plaats is men geneigd te denken dat, wil de naast de ‘echte’ bedrijfsruimte gehuurde zaak ook aan die kwalificatie beantwoorden, er een zekere fysieke connexiteit tussen de betrokken zaken moet bestaan. Een winkelbedrijf dat een magazijn huurt op een veraf gelegen locatie ‘in de polder’ kan niet verlangen dat de gehuurde magazijnruimte, hoezeer die ook bestemd moge zijn voor gebruik in verband met de winkel, als bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW wordt aangemerkt. Er ontbreekt dan immers het nauwe fysieke verband met de vestigingsplaats van het verkoopspunt, dat een centrale plaats inneemt in de ratio voor de bescherming van de art. 7:290 e.v. BW.

Ik denk overigens dat de in art. 7:290 lid 3 BW gebruikte aanduiding ‘aanhorigheden’ er mede op doelt, de hier door mij bedoelde mate van fysieke connexiteit tot uitdrukking te brengen.

16. In de tweede plaats kan men zich afvragen of bescherming van een ‘bijgehuurde’ aanhorigheid op zijn plaats zou zijn in gevallen waarin de huur van de bedrijfsruimte waar-

in het verkoopspunt gelokaliseerd is, zelf niet van de bescherming van de art. 7:290 e.v. BW kan profiteren.

Dat die mogelijkheid bestaat, kan men opmaken uit het geval dat in Hof Den Haag 7 april 2009, *WR* 2009, 120 (*de Haringkoning*) m.nt. Van der Werff aan de orde was. Uit de in die zaak in aanmerking genomen feiten blijkt, dat de exploitant van het verkoopspunt (een ‘kraam’ voor de verkoop van haring e.d.) de grond waarop het verkoopspunt gevestigd was huurde, maar eigenaar was van het op die grond geplaatste bouwwerk waar de verkoop plaatsvond.

Bij een dergelijke huurverhouding is de mogelijkheid reëel dat de huurder niet van de bescherming van de art. 7:290 e.v. BW profiteert, omdat het gehuurde object als ongebouwd onroerend goed moet worden aangemerkt. In het verlengde daarvan is dan moeilijk te aanvaarden dat een ‘bijgehuurde’ aanhorigheid wél van de bescherming van de art. 7:290 e.v. BW zou kunnen profiteren.

17. Hier nog iets op voortbordurend, wil ik er op wijzen dat het bedrijfsruimte-huurrecht uitgaat van verhoudingsgewijs lange vaste huurtermijnen, zie art. 7:292 BW. Dat roept de vraag op of, als men aanneemt dat in een bepaald geval een aanhorigheid wél mede begrepen wordt onder het huurrechtelijke regime dat geldt voor de ruimte-met-verkoopspunt waaraan de aanhorigheid dienstig zal zijn, er niet een uitzondering op het termijnenstelsel van de wet moet worden aangenomen, ongeveer op deze voet dat de huur van de aanhorigheid (voorzover partijen niet anders zijn overeengekomen) in elk geval voor beëindiging in aanmerking komt als de huur van de ruimte-met-verkoopspunt eindigt.

18. Ik keer terug naar het in alinea 11 omschreven uitgangspunt: de Hoge Raad heeft de weg geopend naar toepasselijkheid van de art. 7:290 e.v. BW op huur van onroerende zaken die zelf niet voor gebruik als bedrijfsruimte bestemd zijn, maar die wel bestemd zijn om in het kader van de uitoefening van een bedrijf als bedoeld in art. 7:290 BW als aanhorigheid te worden gebruikt. Ik heb zojuist een aantal vragen onderzocht die in verband daarmee opkomen. Ik denk dat uit de voorgestelde antwoorden op die vragen een beeld ontstaat, ongeveer als volgt: de toepassing van de art. 7:290 e.v. BW zoals in de in alinea 11 hiervóór bedoelde rechtspraak van de Hoge Raad aangegeven, komt in aanmerking wanneer voldoende nauw verband bestaat tussen het beoogde gebruik van de als aanhorigheid gehuurde ruimte en de bedrijfsuitoefening als bedoeld in art. 7:290 lid 2 BW in een andere ruimte; waarbij echter ook moet gelden dat de huurder voor de verdere ruimte die in dit verband wordt aangewend, op bestendige gebruiksrechten aanspraak kan maken. Dat laatste betekent dat het beroep op bescherming op de voet van art. 7:290 e.v. BW voor ‘bijgehuurde’ aanhorigheden in elk geval moet falen zodra er voor de andere ruimte (met name: de ruimte waarin zich het verkoopspunt bevindt) geen effectieve bescherming (meer) bestaat.

19. Wanneer de huurder van een ruimte die krachtens de huurovereenkomst als ‘aanhorigheid’ in het kader van bedrijfsuitoefening als bedoeld in art. 7:290 lid 2 BW zal worden gebruikt, wél over een bestendige titel voor gebruik van de verdere voor het bedrijf gebezigde ruimte kan beschikken, dringt zich op dat diens belang bij voortgezette bescherming van zijn genotsrecht ten aanzien van de aanhorigheid in materieel opzicht niet noemenswaardig verschilt, of nu de titel voor het voortgezet gebruik van de verdere ruimte(s) huur is, of een goederenrechtelijke titel (of een an-

dersoortige niet-goederenrechtelijke titel, bijvoorbeeld huurkoop of zogenaamde 'economische eigendom').

Men vraagt zich dan af of er voldoende zwaarwegende redenen zijn om de bescherming die in de rechtspraak van de Hoge Raad is aanvaard in een geval waarin de aanhorigheid en de als verkooppunt gebezigde ruimte beide werden gehuurd, buiten toepassing te laten in gevallen waarin de huurder van de aanhorigheid wél een duurzame gebruikstitel bezit voor het overige deel van de bedrijfsruimte, maar niet een titel als huurder.

20. Ik denk dat het antwoord 'nee' moet zijn. Zoals ik zo even al aangaf, verschilt het belang van de huurder dat om bescherming vraagt, en de beide hier onder ogen geziene situaties niet (of niet in relevante mate); in zoverre is er dus alle aanleiding om de bescherming in beide situaties aan de hand van dezelfde regels te bieden.

In rov. 23 van het bestreden arrest overweegt het hof ten overvloede dat het toepassen van de art. 7:290 e.v. BW op de hier bedoelde situaties te verstrekkend is, want doorgaans door partijen onbedoelde rechtsgevolgen zou meebrengen; en dat de grens tussen wel en niet beschermde bedrijfsruimte hierdoor grotendeels zou vervagen.

Die beide argumenten acht ik niet juist, en ook overigens van onvoldoende gewicht om het verschil in beoordeling te rechtvaardigen, dat het hof wel gerechtvaardigd heeft geacht.

21. De in het arrest Tuin/Zwart aanvaarde regel, te weten: dat de huurovereenkomst, willen de art. 7:290 e.v. BW van toepassing zijn, er in moet voorzien dat de gehuurde ruimte als 'aanhorigheid' van een bedrijf als bedoeld in art. 7:290 lid 2 BW zal worden gebruikt, brengt met zich mee dat de verhuurder die een dergelijke huurovereenkomst aangaat kan weten dat de uit deze regel voortvloeiende rechtsgevolgen van toepassing zullen zijn.

22. Vanzelfsprekend zijn er de nodige verhuurders (en ook huurders) die dat toch niet blijken te weten - zoals er ook veel verhuurders en huurders van 'gewone' bedrijfsruimte als bedoeld in art. 7:290 lid 2 BW zijn, die geen weet hebben van de wettelijke regels die hun huurovereenkomst beheersen. In zoverre kan inderdaad van een onbedoeld rechtsgevolg sprake zijn; maar dat is bij regels van dwingend recht die de burgers niet goed kennen (dus) vaak het geval; het rechtvaardigt niet de abrupte demarcatie waarvoor het hof heeft gekozen.

'Onvoorzienbaar' is het intreden van de hier bedoelde rechtsgevolgen in alle geval niet.

23. Van een relevante vervaging van de grenzen tussen (door regels van huurrecht) beschermde en niet-beschermde ruimten, lijkt mij al helemaal geen sprake.

Voorzover mij uit de praktijk bekend, en voorzover uit gepubliceerde casuïstiek blijkt, doet het verschijnsel dat in deze zaak aan de orde is, zich maar bij betrekkelijk hoge uitzondering voor. Wat dat betreft is er dus geen aanleiding om te vrezen voor een 'uitdijen' van de werkingssfeer van de art. 7:290 e.v. BW tot (ver) buiten het door de wetgever beoogde gebied.

Door gevallen waarin een aanhorigheid krachtens de daarop betrekking hebbende huurovereenkomst bestemd is om in nauw verband met bedrijfsruimte als bedoeld in art. 7:290 lid 2 BW te worden gebruikt, eveneens onder de werking te brengen van het huurregime dat voor de overige ruimten zou gelden als die verhuurd waren, vindt ook geen moeilijk te overziene uitbreiding van de werkingssfeer plaats: de uit-

breiding is beperkt tot een kleine groep duidelijk af te bakenen en verhoudingsgewijs gemakkelijk te identificeren gevallen.

24. De bezwaren die het hof mede in zijn oordeel heeft betrokken lijken mij daarom niet van doorslaggevend gewicht. Wel kan ik het hof nageven dat de art. 7:290 e.v. BW zien op bescherming van de huurder van bedrijfsruimte, en dat daarbij niet is gedacht aan (aanvullende) bescherming voor gehuurde aanhorigheden, waarvan (ook) een eigenaar (of een huurkoper, of een 'economisch eigenaar') van bedrijfsruimte zou kunnen profiteren.

De aanvullende bescherming waar het hier om gaat betreft echter wél gehuurde ruimte, en bovendien ruimte die krachtens de huurovereenkomst bestemd is om, als aanhorigheid, in nauw verband met een '290-bedrijfsruimte' te worden gebruikt. Dat die - niet bepaald alledaagse - mogelijkheid misschien door de wetgever niet onder ogen is gezien, levert dan wat mij betreft geen reden op voor restrictieve uitleg van de regel die in het arrest Tuin/Zwart tot uitdrukking komt.

25. De voorafgaande beschouwingen leiden ertoe dat ik het cassatiemiddel gegrond acht. Dat geldt voor onderdeel I.1, dat ertoe strekt dat op een gehuurde aanhorigheid die bestemd is om in verband met een in eigendom gehouden bedrijfsruimte te worden gebruikt, art. 7:290 lid 3 BW (eventueel: analogisch of bij extensie) van toepassing is. Voor onderdeel II, dat een enigszins andere benadering van de hiervóór voor juist gehouden rechtsopvatting verdedigt, geldt hetzelfde.

26. Onderdeel III, dat de motivering van het oordeel van het hof bestrijdt, lijkt mij ongegrond omdat het oordeel van het hof als rechtsoordeel moet worden gekwalificeerd. Een dergelijk oordeel kan juist of onjuist zijn. De daaraan ten grondslag gelegde motivering doet daarbij niet terzake. Anders dan dit onderdeel als mogelijkheid oppert, heeft het hof zijn oordeel gevormd aan de hand van de (tussen partijen omstreden) premisse dat het gehuurde krachtens de huurovereenkomst, althans met goedvinden van de Gemeente, in (nauw) verband met de door Van Neerbos gedreven bouwmarkt zou worden gebruikt.

26. Zoals in alinea's 20 - 23 hiervóór werd besproken, ben ik het oneens met de ten overvloede door het hof gegeven redenen in rov. 20; wat impliceert dat ik ook de hiertegen gerichte klachten van de onderdelen I.2 en I.3 als gegrond beoordeel.

Conclusie

Ik concludeer tot vernietiging van het bestreden arrest, met verdere beslissingen als gebruikelijk.

Commentaar

Gedurende haar lezing tijdens de bijeenkomst van de Vereniging voor Huurrecht Advocaten op 15 december 2010 zei Evers dat iedere advocaat wel ergens in zijn carrière een moment heeft dat hij zijn toga 'aan de wilgen' wil hangen. Evers had zo'n moment - en met haar vele anderen, waaronder ook wel ondergetekende - toen het veelbesproken Toko Mitra arrest inzake de wachttijd van drie jaar werd gewezen.²⁶ Gelukkig kennen de meeste advocaten ook het omgekeerde gevoel: een gevoel van grote opluchting dat 'het recht heeft gezegevierd'. Dat gevoel had ik bij kennisne-

26. HR 24 september 2010, *NJ* 2010, 649.

ming van de onderhavige beschikking van de Hoge Raad. Naar mijn idee kun je voor- of tegenstander zijn van de – hierna nader te bespreken – door de Hoge Raad in 1983 in het Fietsenstallingarrest²⁷ in het leven geroepen connexiteitsleer, maar is er geen enkele rechtvaardiging om, indien en voor zover deze leer geldt, een onderscheid te maken tussen de situatie waarin de huurder de zogenaamde principale ruimte in huur of in eigendom heeft. In het laatste geval is de huurder immers minstens zo plaatsgebonden²⁸ en heeft hij dientengevolge de huurbescherming voor de connexe ruimte minstens even hard nodig als wanneer hij de principale ruimte zou huren. De Kantonrechter Alphen aan den Rijn aanvaardde dit standpunt in de zaak Heemskerk/Gemeente Alphen aan den Rijn,²⁹ maar het Hof ‘s-Gravenhage vernietigde dit oordeel.³⁰ Vanwege mijn betrokkenheid bij die zaak³¹ voelde ik mij toen niet vrij om aan het papier toe te vertrouwen waarom ik het hier fundamenteel mee oneens was.³²

Art. 7:290 lid 2 BW geeft een definitie van het begrip ‘bedrijfsruimte’ waarop de bepalingen 7:290 e.v. BW van toepassing zijn. Het betreft, kort gezegd, een gebouwde onroerende zaak of gedeelte daarvan, die krachtens huurovereenkomst is bestemd voor de uitoefening van een klein-handelsbedrijf, een restaurant- of cafébedrijf, een afhaal- of besteldienst of een ambachtsbedrijf, een en ander indien in de verhuurde ruimte een voor het publiek toegankelijk lokaal voor rechtstreekse levering van roerende zaken of voor dienstverlening aanwezig is.³³ Lid 3 van art. 7:290 BW bepaalt dat tot de 290-bedrijfsruimte ook worden gerekend “de onroerende aanhorigheden, de bij het een en ander behorende³⁴ grond en de, mede gelet op de bestemming van die bedrijfsruimte, afhankelijke woning.” Het moge duidelijk zijn – en het blijkt ook wel uit de enorme stroom aan uitspraken over de kwalificatie van een gehuurde ruimte als 290-bedrijfsruimte of als 230a-ruimte – hoe belangrijk het in de praktijk voor de huurder is of er sprake is van 290-bedrijfsruimte of van 230a-ruimte. Daar waar de huurder van 230a-ruimte immers slechts ontruimingsbescherming geniet³⁵ (gedurende een maximale periode van in totaal drie jaar), heeft de huurder van 290-bedrijfsruimte volop huurbescherming en daarnaast bijvoorbeeld ook huurprijzbescherming en mogelijkheden om, onder omstandigheden, een indeplaatsstelling af te dwingen. Een huurder van 290-bedrijfsruimte heeft echter niets (of in ieder geval veel minder) aan de huurbescherming die de wet hem biedt als hij niet tevens huurbescherming geniet voor wat betreft het gebruik van voor de uitoefening van zijn bedrijf noodzakelijke ‘aanhorigheden’. Wat is immers een bouwmarkt zonder parkeer-ruimte of opslagruimte en een verkooppunt van een tankstation zonder pompeiland?

Het is vermoedelijk met het oog op het bovenstaande dat de Hoge Raad de zogenaamde connexiteitsleer heeft ontwikkeld. Standaardarrest daarbij is het eerdergenoemde Fietsenstallingarrest van de Hoge Raad uit 1983.³⁶ Op grond van art. 7:290 lid 3 BW geldt reeds dat als een huurder van een verhuurder een (principale) ruimte huurt die kwalificeert als 290-bedrijfsruimte (bijvoorbeeld een bouwmarkt) de eventuele meegehuurde (connexe) ruimte/grond (bijvoorbeeld parkeer-ruimte) eveneens tot die 290-bedrijfsruimte wordt gerekend (dientengevolge ook indien, zoals het geval is bij magazijn- en parkeerruimte, de connexe ruimte op zichzelf gezien geen 290-bedrijfsruimte is), met als gevolg dat de huurbescherming mede ziet op de connexe ruim-

te. De connexiteitsleer houdt, kort gezegd, in dat die huurbescherming óók geldt voor de huurder die de connexe ruimte van een derde huurt, mits die derde er bij het sluiten van de huurovereenkomst van op de hoogte was, en er (al dan niet stilzwijgend) mee heeft ingestemd, dat de ruimte in kwestie werd aangehuurd ten behoeve van het (290-)bedrijf dat in de principale ruimte wordt uitgeoefend. De kernoverweging in het Fietsenstallingarrest luidt: “Daartoe is in een geval

-
27. HR 14 oktober 1983, *NJ* 1984, 253.
 28. Uit de parlementaire geschiedenis kan worden opgemaakt dat de ratio van de art. 7:290 e.v. BW is de “bescherming van bedrijven waarbij de plaatsgebondenheid een grote rol speelt.” (*Kamerstukken II* 1999/2000, 26 932, B, p. 2 (Advies van RvS)).
 29. Ktr. Alphen aan den Rijn 28 april 2009, *TvHB* 2009, 9; *WR* 2009, 121.
 30. Hof ‘s-Gravenhage 27 oktober 2009, *TvHB* 2009, 22; *LJN* BL2400.
 31. R. de Vries en ik hebben de zaak bij kantonrechter en hof voor Heemskerk behandeld.
 32. Graag verwijs ik naar het – ook door AG Huydecoper genoemde – kritische commentaar van I.C.K. Mol bij het arrest van het hof (*TvHB* 2009, 22); eerder annotateerde zij ook de uitspraak van de Kantonrechter Alphen aan den Rijn (*TvHB* 2009, 9).
 33. Ingevolge art. 7:290 lid 2 sub b en c BW valt onder de definitie tevens een gebouwde onroerende zaak of gedeelte daarvan die krachtens huurovereenkomst is bestemd voor de uitoefening van een hotelbedrijf en een onroerende zaak die krachtens een huurovereenkomst is bestemd voor de uitoefening van een kampeerbedrijf.
 34. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat ‘bijbehorende grond’ niet te restrictief dient te worden opgevat: het behoeft niet noodzakelijkerwijze een met de bedrijfsruimte samenhangend perceelsgedeelte te zijn, maar kan ook in de directe omgeving van het gehuurde zijn gelegen, mits er wel sprake is van functionele verbondenheid met de bedrijfsruimte (*Kamerstukken I* 1970/71, 8875, nr. 14b (Memorie van Antwoord), p. 3). Huydecoper merkt in nr. 15 van zijn conclusie bij de onderhavige beschikking van de Hoge Raad mijns inziens wel terecht op dat er een zekere fysieke connexiteit tussen de betrokken zaken moet bestaan: “(...) Een winkelbedrijf dat een magazijn huurt op een veraf gelegen locatie ‘in de polder’ kan niet verlangen dat de gehuurde magazijnruimte, hoezeer die ook bestemd moge zijn voor gebruik in verband met de winkel, als bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW wordt aangemerkt. (...)”
 35. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat bepaalde artikelen uit de afdeling die van toepassing is op 290-bedrijfsruimte (afdeling 6 van titel 4 van boek 7 BW) ook gelden bij verhuur van een gebouwde onroerende zaak of gedeelte daarvan, indien deze zaak of dit gedeelte voor de uitoefening van een ander bedrijf is verhuurd dan waarop bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW betrekking heeft, zie bv. art. 7:305 (inzake huurprijzverhoging na het aanbrengen door verhuurder van bepaalde energiebesparende voorzieningen) en art. 7:310 BW (betreffende de ontbinding van de huur door een rechtsopvolgend verhuurder in verband met de verwezenlijking van een bestemmingsplan).
 36. HR 14 oktober 1983, *NJ* 1984, 253. Opgemerkt zij dat, omdat het een verzoekschriftprocedure betrof, formeel bezien de uitspraken van de kantonrechter, het hof en de

als het onderhavige nodig dat de huurovereenkomst insluit dat de verhuurder ermee ingestemd heeft dat de verhuurde ruimte³⁷ wordt bestemd om te zamen met de andere door de huurder gebezigde ruimten als bedrijfsruimte te worden gebruikt. Een zodanige instemming kan eventueel worden afgeleid uit het feit dat de aard van de verhuurde ruimte meebrengt dat zij niet dan als een onderdeel van de gehele door de huurder geëxploiteerde bedrijfsruimte kan worden gezien." Opmerking verdient overigens dat de Hoge Raad in dit arrest slechts de theoretische mogelijkheid tot toepassing van de connexiteitsleer heeft aanvaard, maar in het concrete geval oordeelde dat de rechtbank "noch [had] vastgesteld dat er een zodanige instemming (...) was, noch dat het hier gaat om een ruimte van voormelde aard."

Na het ontstaan van de connexiteitsleer, rees een nieuwe rechtsvraag: geldt de connexiteitsleer óók als de principale ruimte niet wordt gehuurd maar in eigendom is bij de huurder van de connexe ruimte? Annotator P.A. Stein merkte hierover reeds in zijn noot bij het Fietsenstallingarrest op: "De huurder van een onroerend goed dat geen bedrijfsruimte is in de zin van art. 1624,³⁸ zal het gebruik daarvan dikwijls willen combineren met hem in eigendom toebehorende of reeds gehuurde ruimte,³⁹ die wel voor bedrijfsdoeleinden in de zin van art. 1624 is bestemd." Stein scheert hiermee, bij de bespreking van de connexiteitsleer, de situatie dat de principale ruimte door de huurder van de connexe ruimte wordt gehuurd over één kam met de situatie dat de principale ruimte bij deze huurder in eigendom is.

In de jaren die volgden, is er enige jurisprudentie geweest over de vraag of de connexiteitsleer ook van toepassing is in geval de huurder van de litigieuze connexe ruimte de principale ruimte in eigendom heeft. Zoals hierboven reeds kort aangestipt, beantwoordde de Kantonrechter te Alphen aan den Rijn deze vraag op 28 april 2009 bevestigend.⁴⁰ Na erop te hebben gewezen dat de Hoge Raad in het Fietsenstallingarrest spreekt over de door de huurder 'gebezigde bedrijfsruimte', vervolgt de kantonrechter: "Hieruit blijkt niet dat de bedrijfsruimte ook gehuurd moet worden. Dat ligt ook niet voor de hand. De huurder/eigenaar van bedrijfsruimte huurt een ander perceel, dat uit zichzelf niet de 290-bescherming heeft, erbij om de exploitatie van zijn bedrijf uit te breiden of te vergemakkelijken. Doordat duidelijk is dat het gehuurde zal worden gebruikt bij de bedrijfsruimte krijgt het de bescherming van bedrijfsruimte. Naar het oordeel van de kantonrechter valt in een dergelijk geval een onderscheid in bescherming tussen enerzijds de huurder/exploitant van bedrijfsruimte en anderzijds de eigenaar/exploitant van bedrijfsruimte, die beiden hun bedrijf uitbreiden door een perceel – dat uit zichzelf geen 290-bescherming heeft – te huren, niet te rechtvaardigen. Of de huurder de andere gebezigde bedrijfsruimte huurt (van een derde) of in eigendom heeft is bovendien een vrij willekeurige factor, die door de huurder/eigenaar eenvoudig beïnvloed zou kunnen worden."⁴¹ Zoals Heemskerk in de procedure had aangevoerd, zou een huurder van (het verkooppunt van) een tankstation (of andere 'principale ruimte'), indien deze huurstatus bepalend zou zijn voor zijn bescherming ten aanzien van de connexe ruimte, moeten aarzelen om, in een voorkomend geval, gebruik te maken van een aan hem verstrekt voorkeursrecht van koop, aangezien hij anders de huur(prijs)bescherming voor zijn aangrenzende, connexe, grond plotseling zou ontberen.⁴² Het behoeft geen betoog dat dit niet de bedoeling van de Hoge Raad zal zijn geweest! Het Hof 's-Gravenha-

ge oordeelde in een drietal uitspraken (waaronder het hoger beroep van de zojuist besproken uitspraak⁴³) niettemin anders. De redenering van het hof is daarbij steeds hetzelfde:

-
- Hoge Raad beschikkingen zijn. Aangezien echter in de literatuur en latere jurisprudentie consequent wordt gesproken over het Fietsenstallingsarrest zal gemakshalve deze terminologie worden gehanteerd. Opvallend is overigens dat in de onderhavige uitspraak de Hoge Raad weliswaar de beschikking van het hof vernietigt, maar AG Huydecoper concludeert tot vernietiging van het bestreden arrest.
37. Zoals I.C.K. Mol mijns inziens met juistheid opmerkt in haar noot onder het vonnis van de Ktr. Alphen aan den Rijn d.d. 28 april 2009 (*TvHB* 2009, 9) zou een zuiver grammaticale uitleg van de door de Hoge Raad gekozen terminologie ('ruimte') erop kunnen duiden dat de connexiteitsleer niet van toepassing zou zijn op ongebouwde onroerende zaken, maar is het zeer aannemelijk dat het wel degelijk de bedoeling van de Hoge Raad is geweest om ongebouwde onroerende zaken eveneens onderwerp van de connexiteitsleer te laten zijn, nu ook art. 7:290 lid 3 BW hierin voorziet en er bovendien geen redelijke grondslag lijkt te zijn voor het maken van een onderscheid op dit punt. Ook het Hof 's-Gravenhage gaat hier in zijn arrest van 11 juli 2007 (*WR* 2007, 98, *Gemeente Den Haag/Groenblok B.V.*) van uit. Het hof overweegt dat er sprake is van een zodanige connexiteit tussen het door de huurder gehuurde parkeerterrein en de losse grond enerzijds en het door de huurder geëxploiteerde tuincentrum anderzijds, dat het parkeerterrein en de losse grond dienen te worden aangemerkt als bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW. Het hof tekent daarbij aan dat dit niet anders wordt "indien zou moeten worden aangenomen dat het om onbebouwde grond gaat, terwijl evenmin relevant is dat het tuincentrum en de overige percelen verschillende verhuurders kennen."
38. Thans 290-bedrijfsruimte.
39. Onderstreping door N.E.
40. *TvHB* 2009, 9.
41. I.C.K. Mol merkt in haar eerdergenoemde annotatie (zie *TvHB* 2009, 9) op dat de kantonrechter hiermee naar haar mening recht doet aan de ratio van de connexiteitsleer, zijnde het beschermen van de positie van de huurders die het gehuurde inzetten ten behoeve van de exploitatie van een middenstandsbijz. Mol werpt nog een interessant punt op, namelijk of het verdedigbaar is dat de connexiteit (in beginsel) wordt verbroken, indien de huurder de connexe zaak onderverhuurt of in gebruik geeft aan derden (en de principale ruimte zelf niet), waardoor de connexe ruimte niet meer wordt gebruikt ten behoeve van de principale ruimte. Met Mol meen ik dat dit het geval is. Enigszins in lijn hiermee ligt de opmerking van Huydecoper in nr. 18 van zijn conclusie bij de onderhavige beschikking van de Hoge Raad "dat het beroep op bescherming op de voet van art. 7:290 e.v. BW voor 'bijgehuurde' aanhorigheden in elk geval moet falen zodra er voor de andere ruimte (...) geen effectieve bescherming (meer) bestaat."
42. Of andersom: de eigenaar van een tankstation, die de naastgelegen grond aan wil huren ten behoeve van de exploitatie van zijn tankstation zou dan, teneinde te bewerkstelligen dat ingevolge de connexiteitsleer de art. 7:290 e.v. BW van toepassing zijn, genoodzaakt zijn het tankstation te verkopen en terug te huren.
43. Hof 's-Gravenhage 27 oktober 2009, *TvHB* 2009, 22 en *LJN* BL2400. Zie verder Hof 's-Gravenhage 7 april 2009, *WR* 2009, 120; *LJN* BI8208 en Hof 's-Gravenhage 9 no-

de principale ruimte (in het geval van de huurder in kwestie, Van Neerbos, een bouwmarkt) is, volgens het hof, niet aan te merken of gelijk te stellen aan een verhuurde 290-bedrijfsruimte, nu de principale ruimte bij de huurder van de connexe ruimte in eigendom is en het element huur (voor wat betreft de principale ruimte) derhalve ontbreekt. Nu de principale ruimte niet kwalificeert als 290-bedrijfsruimte, kan de gehuurde connexe ruimte per definitie, aldus nog steeds het Hof 's-Gravenhage in de drie zaken, geen aanhorigheid in de zin van art. 7:290 lid 3 BW zijn. Het hof geeft in de Van Neerbos-uitspraak (zijnde de laatste in de serie van drie) nog aan "geen grond" te zien om terug te komen op zijn eerdere uitspraken. Het hof zet daarbij uiteen dat, in zijn visie, toepassing van de connexiteitsleer ook op gevallen waar de principale ruimte in eigendom is, voor de praktijk te verstrekkende, want vaak door partijen onbedoelde, rechtsgevolgen met zich zou brengen, alsmede dat een dergelijke interpretatie de grens tussen 290-bedrijfsruimte en 230a-ruimte zou doen vervagen (terwijl de wetgever dit niet zou willen). Terecht merkt M.W.J. Wösten in zijn commentaar bij deze uitspraak⁴⁴ echter op dat niet valt in te zien waarom er geen of minder onbedoelde rechtsgevolgen zouden zijn als er sprake is van een huurovereenkomst voor de principale én de connexe ruimte dan in het geval van een combinatie van een in eigendom zijnde principale ruimte en een gehuurde connexe ruimte en dat voor vervaging méér zou moeten worden gevreesd als de principale ruimte bij de huurder van de connexe ruimte in eigendom is dan als deze door hem wordt gehuurd.⁴⁵

In de hierboven weergegeven beschikking heeft de Hoge Raad het (in mijn ogen enige juiste) antwoord gegeven op de eerder omschreven rechtsvraag, te weten dat de connexiteitsleer inderdaad ook geldt indien de principale ruimte bij de huurder van de connexe ruimte in eigendom is. De kernoverweging van de Hoge Raad luidt:

"3.4.2(...). De bepalingen van afdeling 7.4.6 strekken tot bescherming van huurders van bedrijfsruimte zoals omschreven in art. 7:290 lid 2. Lid 3 van art. 7:290 ziet op voorzieningen die naar hun aard (feitelijk of goederenrechtelijk) onlosmakelijk met de in lid 2 bedoelde bedrijfsruimte zijn verbonden.

Aldus beoogt lid 3 de bescherming die een huurder op grond van lid 2 geniet, uit te breiden tot die voorzieningen, waaronder onroerende aanhorigheden.

Art. 7:290, dat het toepassingsbereik van afdeling 7.4.6 regelt, sluit geenszins uit dat dergelijke aanhorigheden, indien deze op basis van een afzonderlijke overeenkomst worden gehuurd, krachtens die huurovereenkomst kunnen worden bestemd tot bedrijfsruimte in de zin van afdeling 7.4.6, nu het regime van die afdeling ook door partijen kan worden gekozen geheel los van enige feitelijke relatie met bedrijfsruimte als bedoeld in genoemd lid 2 (...). In het door het hof genoemde arrest HR 14 oktober 1983, LJN AG4662, NJ 1984/253 heeft de Hoge Raad reeds geoordeeld, dat voor toepassing van het beschermingsregime voor bedrijfsruimtehuur in de zin van art. 1624 (oud) BW noodzakelijk, maar ook voldoende, is dat de verhuurder ermee heeft ingestemd dat de verhuurde ruimte wordt bestemd om tezamen met de andere door de huurder gebezigde ruimten als bedrijfsruimte te worden gebruikt, en dat een zodanige instemming eventueel kan worden afgeleid uit het feit dat de aard van de verhuurde ruimte meebrengt dat zij niet dan als een onderdeel van de gehele door de huurder geëxploiteerde bedrijfsruimte kan worden gezien. Deze maatstaf strookt met hetgeen de

wetgever blijkens het bovenstaande voor afdeling 7.4.6 in meer algemene zin voor ogen heeft gestaan. Daarbij is derhalve niet van belang of de 'andere door de huurder (als bedrijfsruimte) gebezigde ruimten' door hem eveneens gehuurd worden – van dezelfde huurder of van een derde –, dan wel krachtens een andere titel bij hem in gebruik zijn.⁴⁶

3.4.3 Het hof heeft miskend dat het enkele feit dat Van Neerbos eigenaar is van het pand waarin de bouwmarkt wordt geëxploiteerd, niet aan een contractuele bestemming tot aanhorigheid in de zin van art. 7:290 lid 3 in de weg staat, nu daarvoor de in dat kader beslissende vraag dient te worden beantwoord of de Gemeente of haar rechtsvoorganger met bestemming tot bedrijfsruimte in bedoelde zin heeft ingestemd. (...)."

Resumerend, acht de Hoge Raad voor de kwalificatie van de gehuurde connexe ruimte niet van belang (1) of de principale ruimte ten titel van huur of anderszins bij de huurder van de connexe ruimte in gebruik is en, in geval van huur, (2) of verhuur bij een afzonderlijke overeenkomst heeft plaatsgevonden en, zo ja, (3) of het ging om verhuur van dezelfde of van een andere verhuurder. De Hoge Raad koppelt de toepasselijkheid van de connexiteitsleer aan de (expliciete dan wel impliciete) wilsovereenstemming tussen partijen: zijn partijen de toepasselijkheid van een (in beginsel niet toepasselijk) rechtsregime overeengekomen.⁴⁷

Een belangrijke les voor de praktijk voor de huurder van een connexe ruimte is dientengevolge dat hij ervoor dient zorg

vember 2010, TvHB 2011, 2; LJN BO6553.

44. Zie TvHB 2011, 2.

45. Ook Huydecoper geeft in nr. 20 van zijn conclusie bij de onderhavige beschikking van de Hoge Raad aan dat hij beide argumenten niet juist acht. Huydecoper raakt de kern waar hij in nr. 22 van zijn conclusie schrijft dat weliswaar veel verhuurders en huurders geen weet hebben van de wettelijke regels die betrekking hebben op hun huurovereenkomst (en dat in zoverre van een onbedoeld rechtsgevolg sprake kan zijn), maar "het rechtvaardigt niet de abrupte demarcatie waarvoor het hof heeft gekozen." Vervolgens overweegt Huydecoper in nr. 23 van zijn conclusie: "Door gevallen waarin een aanhorigheid krachtens de daarop betrekking hebbende huurovereenkomst bestemd is om in nauw verband met bedrijfsruimte als bedoeld in art. 7:290 lid 2 BW te worden gebruikt, eveneens onder de werking te brengen van het huurregime dat voor de overige ruimten zou gelden als die verhuurd waren, vindt ook geen moeilijk te overziene uitbreiding van de werkingsfeer plaats: de uitbreiding is beperkt tot een kleine groep duidelijk af te bakenen en verhoudingsgewijs gemakkelijk te identificeren gevallen."

46. Onderstreping door N.E.

47. Ik kan mij overigens vinden in de door Huydecoper in nr. 16 van zijn conclusie bij de onderhavige beschikking geplaatste kanttekening dat het moeilijk te aanvaarden valt dat een 'bijgehuurde' aanhorigheid van de regels voor 290-bedrijfsruimte zou kunnen profiteren, indien de huurder van de principale ruimte dat niet zou kunnen. Huydecoper noemt daarbij het, aan Hof 's-Gravenhage 7 april 2009, WR 2009, 120 ontleende, voorbeeld van een exploitant die de grond huurt waarop het verkooppunt, dat hij in eigendom heeft, gevestigd is. Huydecoper schrijft daarover: "Bij een dergelijke huurverhouding is de mogelijkheid reëel dat de huurder niet van de bescherming van

te dragen dat hij kan aantonen dat de verhuurder ermee bekend was – en ermee heeft ingestemd, dan wel had kunnen en moeten begrijpen – dat de door de huurder te huren connexe ruimte zou worden gebruikt ten behoeve van een 290-bedrijfsruimte.⁴⁸ Vanuit het perspectief van de huurder is het dus in beginsel zaak dat deze verbondenheid met een – kort gezegd – 290-bedrijfsruimte terugkomt in de bestemmingsclausule en/of in de considerans van de huurovereenkomst of anders in ieder geval in correspondentie is vastgelegd. Kanttekening daarbij is echter wel dat een dergelijke aanpak onder omstandigheden de verhuurder ook juist zou kunnen afschrikken. Nu de Hoge Raad expliciet heeft overwogen dat een instemming ook kan blijken uit de “aard van de verhuurde ruimte” zou de huurder, in gevallen waar de aard van de gehuurde connexe ruimte voor hem ‘spreekt’, ervoor kunnen kiezen zelf te zwijgen.⁴⁹ De verhuurder van een connexe ruimte dient zich op zijn beurt te realiseren dat als hij instemt met gebruik van de ruimte ten behoeve van een 290-bedrijfsruimte, zijn huurder de huur(prijs)bescherming ex de art. 7:290 e.v. BW geniet. Een (mijns inziens) interessante vraag in dit verband is of de verhuurder toepasselijkheid van het 290-regime kan voorkomen door te vermelden dat hij er weliswaar mee instemt dat het door hem verhuurde wordt gebruikt ten behoeve van een 290-bedrijfsruimte, maar dat hij er uitdrukkelijk *niet* mee instemt dat (daarmee ook) het 290-regime op de huurovereenkomst van toepassing wordt. Betoogd zou kunnen worden dat in dat geval geen sprake is van een wilsovereenstemming die ziet op de toepasselijkheid van het 290-regime. Ik meen echter dat het gaat om de vraag of er wilsovereenstemming is over het *gebruik* van de verhuurde zaak ten behoeve van 290-bedrijfsruimte. Indien dit het geval is, denk ik dat het met de ratio van de bescherming van de huurder niet strookt dat de verhuurder de toepasselijkheid van de art. 7:290 e.v. BW rechtsgeldig in de huurovereenkomst zou kunnen uitsluiten (nu dit in ‘gewone’ situaties evenmin kan). Ook de overweging van de Hoge Raad inhoudende dat de *aard* van de verhuurde ruimte kan meebrengen dat zij niet dan als onderdeel van de gehele door de huurder geëxploiteerde bedrijfsruimte kan worden gezien, lijkt zich ertegen te verzetten dat, indien hiervan sprake is, partijen toch ‘zomaar’ de toepasselijkheid van het 290-regime zouden kunnen uitsluiten. Wil de verhuurder in een dergelijk geval het van kracht worden van het 290-regime tegengaan, dan zal naar mijn inschatting moeten worden verhuurd voor een duur van twee jaar of korter⁵⁰ of zal de kantonrechter ex art. 7:291 lid 3 BW om goedkeuring voor afwijkende bedingen moeten worden verzocht.

N. Eeken⁵¹

12. Rechtbank Utrecht, sector kanton, locatie Utrecht

1 februari 2012

zaaknummer: 569963 UC EXPL 08-5165 G/4086 (niet gepubliceerd)

De erven Kuil / INBEV Nederland N.V. en de heer R.R. Ranselaar en Rama Horeca B.V.

(hoger beroep ingesteld)

Samenvatting

Huurprij, afhankelijke woning

Een horecabedrijfsruimte met bovenwoning is als één geheel met één huurprijs verhuurd. Verhuurder vordert een nadere huurprijvaststelling (art. 7:303 BW). De kantonrechter oordeelt dat sprake is van een niet-afhankelijke woning. Verder oordeelt de kantonrechter dat de huurprijs van de bovenwoning niet geliberaliseerd is. De totale huurprijs dient te worden gesplitst in de huurprijs voor de horecabedrijfsruimte en de huurprijs voor de bovenwoning. Het gedeelte van de huurprijs dat ziet op de bovenwoning wordt vastgesteld conform de maximaal redelijke huurprijs voor zelfstandige woonruimte.

Kantonrechter

1. *H.J. Roelands-Kuil*, wonende te Bosch en Duin,
2. *W.M. Stevens-Kuil*, wonende te Morcombe Lake (Engeland),
3. *T.R.Y. Cath-Rottinghuis*, wonende te Veenwouden,

art. 7:290 e.v. BW profiteert, omdat het gehuurde object als ongebouwd onroerend goed moet worden aangemerkt.”

Terzijde zij aangetekend dat (voor zover mij bekend) nog steeds de heersende leer is dat de huurder van onbebouwde grond die deze grond, met medeweten en instemming van zijn verhuurder, huurt teneinde hier een 290-bedrijfsruimte op te bouwen, huurbescherming ontbeert (zie o.a. HR 16 juni 1995, NJ 1995, 705, *Shell/Esta Tjallingii* en HR 20 februari 1998, NJ 1998, 740, *Deko II/Stift*). In mijn optiek is er geen goede reden om de huurder van onder een 290-bedrijfsruimte gelegen grond de huurbescherming te ontzeggen die de huurder van *naastgelegen* grond wel krijgt. Mede gelet op de overwegingen van de Hoge Raad in deze kwestie, ben ik zeer benieuwd of het standpunt van ons hoogste rechtscollege op dit punt nog ongewijzigd is. Ik kan slechts hopen dat een dergelijk geval op korte termijn aan de Hoge Raad zal worden voorgelegd.

48. Of een bij de huurder in eigendom zijnde ruimte die voor het overige voldoet aan de criteria ex art. 7:290 lid 2 BW.
49. Het feit dat de instemming van de verhuurder ook impliciet kan zijn, neemt mijns inziens niet weg dat deze instemming wel reeds ten tijde van het aangaan van de huur aanwezig moet zijn. Anders gezegd, zal het regime van de ‘connexe’ ruimte naar mijn mening in beginsel niet verkleuren indien deze ruimte pas later ten behoeve van een 290-bedrijfsruimte wordt ingezet. Zie ook het eerdergenoemde arrest van de Hoge Raad van 20 februari 1998, NJ 1998, 740, *Deko II/Stift*: “4.3. (...) Voor zover de overwegingen van de Rechtbank aldus moeten worden begrepen dat die bepalingen naar haar oordeel alsnog op de in augustus 1991 tot stand gekomen huurovereenkomst toepasselijk zijn geworden door het enkele feit dat Stift door aanvullende bouwvoorzieningen op het gehuurde een gebouw tot stand bracht dat wel geschikt was voor de uitoefening van dat bedrijf, dan heeft zij ook blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Door deze gebeurtenissen kan immers het bepaalde in art. 1624 e.v. slechts toepasselijk zijn geworden indien partijen een nieuwe zelfstandige huurovereenkomst hebben gesloten met betrekking tot de inmiddels gebouwde, en tot bedrijfsruimte in de zin van art. 1624 bestemde, onroerende zaak (vgl. HR 16 juni 1995, NJ 1995, 705). (...)”

50. Vgl. art. 7:301 lid 1 BW.

51. Nathalie Eeken is werkzaam als advocaat-counsel bij Houthoff Buruma te Amsterdam en is tevens redacteur van dit tijdschrift.

4. *J.B. Rottinghuis*, wonende te Leersum,
eisende partij in conventie,
verwerende partij in reconventie,
gemachtigde: mr. B.E.J.M. Tomlow
tegen:

INBEV Nederland N.V.,

gevestigd te Breda,
gedaagde partij in conventie,
eisende partij in reconventie,
gemachtigde: mr. H.A. Dragstra,
en:

1. *Roland Reinier Ranselaar*,

wonende te Bodegragen,

2. *Rama Horeca B.V.*,

gevoegde partij in conventie,

gevoegde eisende partij in reconventie,

gemachtigde: mr. E.J. Elferink

Partijen worden hierna aangeduid als de Erven, Inbev en Ranselaar.

(...)

De beoordeling van het geschil in conventie

destilleren van de huurprijs van het woongedeelte uit de totaalhuurprijs

1. In het tussenvonnissen van 15 juni 2011 heeft de kantonrechter overwogen dat er aanleiding bestaat tot heroverweging van de beslissing met betrekking tot de vaststelling van de huurprijs voor het bedrijfsgedeelte op € 39.993,24 (in het tussenvonnissen van 30 september 2009), nu evident is dat deze beslissing gebaseerd is op een onjuiste lezing van de stellingen dienaangaande van Ranselaar en de beslissing daarmee berust op een onjuiste feitelijke en of juridische grondslag. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld zich nader uit te laten over de (wijze van) vaststelling van de huurprijs van het woongedeelte.

2. De Erven stellen zich op het standpunt dat het niet voor hand ligt om bij de vaststelling van de huurprijs van de woning uit te gaan van het woningwaarderingsstelsel en bepleiten in plaats daarvan uit te gaan van de economische huurwaarde. Voor waardering volgens het woningwaarderingsstelsel bestaat alleen aanleiding indien sprake is van niet geliberaliseerde woonruimte en daarvan is volgens de Erven geen sprake, ook niet indien de eigen berekening van Ranselaar gevolgd zou worden die immers uitkomt op een maandhuurprijs van € 970,96 volgens de puntenlijst 2010 voor de gehele bovenwoning, welke huurprijs fors boven de liberalisatiegrens ligt. Deze huurprijs is naar het oordeel van de Erven niet realistisch voor een dergelijke woning in het centrum van Utrecht. De Erven zouden de woning indien die voor € 970,96 per maand dan wel een huurprijs lager dan de economische waarde zou worden gewaardeerd, nimmer aan Inbev hebben verhuurd; zij zouden de woning dan zelf tegen een veel hogere huurprijs aan woningzoekenden hebben verhuurd. Ook de BHAC pleegt in geval van een afhankelijke woning een economische huurwaarde aan dergelijke woonruimte te verbinden, aldus de Erven.

3. Ranselaar/Inbev stellen in dit debat voorop dat de kantonrechter reeds heeft vastgesteld dat het om een niet-afhankelijke bovenwoning gaat. Voorts stellen zij dat de woonruimte kwalificeert als niet-geliberaliseerd nu de onderliggende overeenkomst van mei 1974 dateert en derhalve niet voldaan is aan het vereiste "op of na 1 juli 1994 aangegaan" van art. 7:247 BW. Zij stellen zich op het standpunt dat de navolgen-

de argumenten juist aanleiding geven om wel aansluiting te zoeken bij het woningwaarderingsstelsel:

- het gaat hier eerst en vooral om verhuurde horecabedrijfsruimte. De prijsverhouding (woning t.o.v. bedrijfsgedeelte) zou wanneer je bij de waardering van de woning uitgaat van de onderhuurinkomsten in geen verhouding meer staan tot de ondergeschikte betekenis die de woning ten opzichte van het bedrijfsgedeelte heeft;

- de onderhuurinkomsten van Ranselaar kunnen worden gerealiseerd omdat laatstgenoemde er diverse voorzieningen heeft aangebracht, de hele boel heeft opgeknapt en de ruimtes boven de bedrijfsruimte bewoonbaar en verhuurbaar heeft gemaakt. Er moet derhalve gewaardeerd worden naar de staat van de woning, zoals die was voor de door Ranselaar gerealiseerde verbouwingen en verbeteringen;

- Ranselaar/Inbev hadden nooit de bovenwoning gehuurd als zij daar € 21.000,- per jaar voor zouden hebben moeten betalen.

4. Wat betreft de waardering van het woongedeelte heeft naar het oordeel van de kantonrechter het navolgende te gelden. Vooropgesteld wordt dat de wet geen regels geeft voor het - ten behoeve van de nadere vaststelling van de huurprijs van bedrijfsruimte - "destilleren" van de huurprijs van de niet afhankelijke woning uit de totaalprijs.

Dat in dezen sprake is van niet afhankelijke woonruimte(n) is reeds overwogen in het vonnis van 30 september 2009 en dat geen sprake is van geliberaliseerde huur vloeit rechtstreeks voort uit het bepaalde in art. 7:247 BW.

Niettegenstaande het feit dat de door partijen aangereikte waarderingmethodieken (te weten, vaststelling van de economische waarde aan de hand van de jaarlijkse onderhuurinkomsten dan wel waardering aan de hand van het woningwaarderingsstelsel) in zijn algemeenheid beide als uitgangspunt kunnen fungeren, dient naar het oordeel van de kantonrechter beoordeeld te worden welke waarderingmethodiek in de gegeven omstandigheden het meest recht doet aan de uitgangssituatie bij aanvang van de huur en hetgeen partijen toen voor ogen heeft gestaan bij de vaststelling van de (totaal)huurprijs.

In dit verband is van belang dat blijkens het schriftelijke huurcontract, getekend op 1 mei 1974, de (rechtsvoorgangers van de) Erven aan (de rechtsvoorganger van) Inbev hebben verhuurd *het winkelpand met pakhuis en bovenwoning aan de Mariastraat 31-33...., bestemd om uitsluitend te worden gebruikt ter uitoefening van een horecabedrijf tegen een huurprijs per jaar van ZES EN DERTIG DUIZEND GULDEN (f 36.000,-)*. Voorts acht de kantonrechter van belang het bepaalde in art. 6 van het huurcontract, waarin de huurster zich verplicht om het winkelpand te verbouwen tot horecapand (verhuurders betalen aan huurster daartoe een bijdrage van f 100.000,-), waarna de huur verhoogd wordt tot f 48.000,- per jaar. Voorts is in het oorspronkelijke huurcontract opgenomen dat onderhuur niet is toegestaan. Uit voornoemde contractsbepalingen blijkt zondermeer dat partijen bij aanvang van de huurovereenkomst eerst en vooral de verhuur van het (door huurster zelf middels verbouwing te realiseren) horecapand voor ogen stond en zeker niet de - na ruim 20 jaar later op instigatie van Ranselaar (na benodigde verbouwing) aangevangen - exploitatie van een drietal appartementen. De stelling van de Erven dat zij de woning indien deze voor € 970,96 per maand dan wel een huurprijs lager dan de economische waarde zou worden gewaardeerd, nimmer aan Inbev zouden hebben verhuurd, is door hen op geen

enkele wijze aannemelijk gemaakt, laat staan onderbouwd en is in het licht van voormelde contractsbepalingen onbegrijpelijk. De door de Erven voorgestane benadering om de huurprijs van het woongedeelte vast te stellen op de huur die Ranselaar jaarlijks ontvangt op deze appartementen (€ 21.000,-), is in de gegeven omstandigheden naar het oordeel van de kantonrechter geen juist uitgangspunt, aangezien daarmee de verhouding tussen de huurprijs woongedeelte en huurprijs bedrijfsruimte geheel zoek is, althans deze verhouding niet in overeenstemming is met hetgeen partijen bij aanvang van de huur voor ogen heeft gestaan. De kantonrechter ziet veeleer aanleiding om in navolging van Inbev/Ranselaar aansluiting te zoeken bij het woningwaarderingssysteem voor bepaling van de huurprijs van het woongedeelte. In lijn daarmee dient naar het oordeel van de kantonrechter uitgangspunt voor de beoordeling te zijn de oorspronkelijke situatie van de bovenwoning als zelfstandige woning.

5. In de puntenberekening van de Erven wordt de woning als zelfstandige bovenwoning gewaardeerd op 364 punten (productie 3 bij de akte van 13 juli 2011) met een bijbehorende jaarhuur van € 19.261,80 vanaf oktober 2005. Inbev/Ranselaar komen in hun (voorafgaand aan het pleidooi van 17 januari 2011 toegezonden) berekening uit op een puntenaantal van 207, met een bijhorende (teruggeïndexeerde) jaarhuur van € 9.129,27. Het verschil tussen beide puntenberekeningen (157 punten) wordt grotendeels verklaard doordat partijen van verschillende oppervlaktes uitgaan (de Erven gaan uit van 270 m², terwijl Ranselaar/Inbev uitkomen op een oppervlakte van 172 m²) en daarenboven doordat de Erven anders dan Ranselaar/Inbev extra punten rekenen voor een wasruimte (30 punten) en voor diverse sanitaire voorzieningen (33 punten). De kantonrechter zal de puntentelling van Ranselaar/Inbev volgen, nu deze tot uitgangspunt genomen heeft de bovenwoning naar de situatie zoals deze was toen Ranselaar ging huren, Inbev/Ranselaar hebben bepleit om op de "gevonden puntenprijs" van € 9.129,27 nog een billijkheidscorrectie toe te passen van 50%, waarmee de gevonden huur voor de bovenwoning neerkomt op € 4.564,63. Daartoe voeren zij ondermeer aan dat hen geen huurprijs van € 9.129,27 per jaar voor de bovenwoning voor ogen heeft gestaan toen zij één huurprijs voor het hele pand afspraken en dat Ranselaar de hele woning heeft opgeknapt en diverse (bouwkundige) voorzieningen heeft aangebracht om de woonruimte(n) voor bewoning (voor meerdere stellen) geschikt te maken. De Erven betwisten dat er enige plaats is voor een billijkheidscorrectie. De kantonrechter ziet onvoldoende aanleiding om op de gevonden huurprijs van € 9.129,27 nog een billijkheidscorrectie toe te passen. Partijen hebben destijds in 1974 weliswaar één huurprijs (f 36.000,-, na verbouwing tot horecapand f 48.000,-) voor het gehele pand afgesproken, waarbij met name de horecabestemming partijen voor ogen heeft gestaan, echter ook toen al vertegenwoordigde de bovenwoning een zekere huurwaarde. Met de vaststelling van deze huurwaarde voor het woongedeelte per 2005 op € 9.129,27, komt de verhouding tussen het wonen bedrijfsgedeelte per 2005 aldus te liggen dat van de totale huurprijs (€ 60.993,24) 15% (afgerond) toegerekend kan worden aan het woongedeelte; beoordeeld in het licht van hetgeen partijen bij aanvang van de huurovereenkomst voor ogen heeft gestaan, komt de kantonrechter deze verhouding niet onredelijk voor.

Tussenconclusie in conventie

6. Voorgaande overwegingen in combinatie met de overwegingen in het tussenvonnissen van 15 juni 2011 onder 12 t/m 14 leiden ertoe dat de berekening van de BHAC geen aanpassing behoeft en, rekening houdend met de huurprijs van de zelfstandige bovenwoning ad € 9.129,27 van het gehuurde per 2005, de totale huurprijs van het gehuurde per 25 oktober 2005 (de peildatum) op € 57.506,27, exclusief BTW vastgesteld dient te worden.

7. Deze vaststelling leidt ertoe dat de vorderingen in conventie alle afgewezen behoren te worden en dat de Erven in conventie als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van Inbev en Ranselaar. De door de Erven gemaakte kosten van de deskundigenrapporten blijven voor eigen rekening.

De kosten in het voegingsincident zullen worden gecompenseerd in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt, nu de Erven zich in dezen hebben gerefereerd.

in reconventie

8. Inbev heeft bij conclusie van antwoord in conventie geconcludeerd tot niet-ontvankelijkheid en *gevorderd* de huurprijs met betrekking tot de bedrijfsruimte en bovengelegen woonruimte nader vast te stellen op een bedrag per jaar van € 55.000,-, althans een in goede justitie te bepalen bedrag. In reconventie vorderde zij (aanvankelijk) een veroordeling tot herstel van gebreken. Ter gelegenheid van de plaatsopneming op 9 april 2009 zijn partijen overeengekomen dat het geschil uitsluitend nog betrekking heeft op de vaststelling van de huurprijs en dat "de kwestie met betrekking tot het onderhoud van het pand in deze procedure uit de reconventionele vordering wordt gehaald" (vide blz 5 proces-verbaal van de comparitie ter plaatse d.d. 9 april 2009).

Ter gelegenheid van het pleidooi op 17 januari 2011 heeft Inbev voorwaardelijk - namelijk voor zover de kantonrechter tot het oordeel komt dat aanpassing van de huurprijs op de voet van art. 7:303 BW kan plaatsvinden en daartoe overgaat - in reconventie gevorderd:

"Bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, de huurprijs met betrekking tot de bedrijfsruimte en bovengelegen woonruimte aan de Mariastraat 31-33 een 33 bis te Utrecht, met ingang van de datum van dagvaarding, nader vast te stellen op een bedrag ad € 48.377,- per jaar, althans een in goede justitie te bepalen bedrag lager dan de geldende huurprijs, met veroordeling van eisers in conventie tevens gedaagden in reconventie, hoofdelijk zodat indien en voor zover de een betaalt ook de ander zal zijn bevrijd, om aan gedaagde in conventie tevens eiseres in reconventie te betalen hetgeen is te veel voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de respectievelijke vervaldata waarop de vastgestelde huurprijs met terugwerkende kracht moet worden geacht te hebben gegolden tot aan de dag der algehele voldoening, kosten rechtens."

9. Ranselaar heeft ter gelegenheid van het pleidooi op 17 januari 2011 aangevoerd dat de aanvankelijk overeengekomen huurindexeringsclausule (jaarlijks 5% over de totaalhuurprijs) ruim boven het werkelijk inflatiepercentage ligt en daarmee niet redelijk is. Temeer nu door een dergelijke indexering in feite de vastgestelde huurprijs eerder dan de wettelijk beoogde 5 jaar de huurprijs van vergelijkbare bedrijfsruimte overstijgt. Bovendien doorkruist de indexeringsregeling het regime van art. 7:248 BW lid 2 BW. Ranselaar verzoekt de kantonrechter - onder verwijzing naar het arrest van de HR van 24 augustus 1981 NJ 1982, 122 - om aan

de nieuw vast te stellen huurprijs een standaard CPI-indexeringsclausule te koppelen.

10. Met betrekking tot de hiervoor onder punt 8 weergegeven voorwaardelijke reconventionele vordering van Inbev stellen de Erven zich op het standpunt dat deze vordering gelet op het bepaalde in art. 137 Rv te laat is ingesteld.

De Erven betwisten dat er enige aanleiding bestaat om de overeengekomen indexeringsclausule van 5% van jaar te wijzigen; ook niet ten aanzien van het woongedeelte, aangezien in de visie van de Erven sprake is van geliberaliseerde huur en partijen daarmee vrij zijn om een indexeringspercentage overeen te komen.

11. De kantonrechter is van oordeel dat Inbev in haar (voorwaardelijke) eis in reconventie kan worden ontvangen. Voor zover formeel geoordeeld zou moeten worden dat de vordering strekkende tot vaststelling van een lagere dan de geldende huurprijs niet reeds dadelijk bij antwoord is ingesteld - deze zou kunnen worden ingelezen in de conclusie van antwoord in conventie waar Inbev concludeert tot niet-ontvankelijk verklaring van de Erven en *vordert* de huurprijs met betrekking tot de bedrijfsruimte en bovengelegen woonruimte nader vast te stellen op een bedrag per jaar van € 55.000,-, althans een in goede justitie te bepalen bedrag - en voor zover moet worden geoordeeld dat partijen ter gelegenheid van de comparitie niet overeengekomen zijn dat Inbev deze vordering alsnog als zelfstandige vordering mocht instellen, heeft te gelden dat Inbev ingevolge het bepaalde in art. 130 Rv gerechtigd was haar reeds ingestelde reconventionele vordering te veranderen.

12. Met betrekking tot het verzoek van Ranselaar om aan de nieuw vast te stellen huurprijs een standaard CPI indexeringsclausule te koppelen oordeelt de kantonrechter als volgt. De kantonrechter stelt voorop dat de tussen partijen geldende huurovereenkomst reeds een indexeringsclausule bevat (vide art. 20). Gesteld noch gebleken is dat partijen niet beoogd zouden hebben de bestaande indexeringsclausule ook te laten gelden na een eventuele huurprijsherziening, zodat als uitgangspunt heeft te gelden dat de bestaande indexeringsclausule ook van toepassing is op de nieuw vastgestelde huurprijs.

Niettegenstaande het feit dat de rechter bij de nadere vaststelling van de huurprijs een indexeringsclausule mag opnemen teneinde de invloed van toekomstige geldontwaarding te neutraliseren (HR 24 augustus 1981, NJ 1092, 122), dient het verzoek van Ranselaar afgewezen te worden nu Ranselaar verzuimd heeft te stellen, laat staan onderbouwd, dat de oorspronkelijke indexeringsclausule niet langer geldt na de huurprijsherziening en - los daarvan - heeft verzuimd om zijn stelling dat de overeengekomen indexering een onevenredige stijging van de huurprijs oplevert en daarmee niet aansluit bij het prijspeil ter plaatse, nader te onderbouwen.

Tussenconclusie in reconventie

13. Op grond van voorgaande overwegingen in combinatie met hetgeen in conventie is overwogen zal de kantonrechter de huurprijs met betrekking tot de bedrijfsruimte en de bovengelegen woonruimte aan de Mariastraat 31-33 en 33 bis te Utrecht met ingang van 25 oktober 2005 nader vast stellen op een bedrag van € 57.506,27 (exclusief BTW) en de Erven hoofdelijk veroordelen aan Inbev terug te betalen hetgeen sedert 25 oktober 2005 meer is voldaan dan de nader vastgestelde huurprijs, te vermeerderen met de wettelijke rente.

14. De Erven zullen in reconventie veroordeeld worden in de proceskosten aan de zijde van Inbev en Ranselaar.

De beslissing

De kantonrechter:

in het incident tot voeging

- compenseert de kosten van dit incident tussen partijen aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;

in conventie

- wijst de vordering af;

- veroordeelt de Erven hoofdelijk, in die zin dat wanneer de een betaalt, de ander tot de hoogte van die betaling zal zijn bevrijd, tot betaling van de proceskosten aan de zijde van Inbev tot op de uitspraak van dit vonnis begroot op € 1.500,- aan salaris gemachtigde en aan de zijde van Ranselaar, tot op heden begroot op € 1.500,- aan salaris gemachtigde;

- verstaat dat de kosten van het deskundigenrapport ten laste van de Erven blijven;

- verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

in reconventie

- stelt met ingang van 25 oktober 2005 de huurprijs van de bedrijfsruimte en de bovengelegen woonruimte(n) aan de Mariastraat 31-33 en 33bis te Utrecht nader vast op een bedrag van € 57.506,27 (exclusief BTW);

- veroordeelt de Erven hoofdelijk, in die zin dat wanneer de één betaalt, de ander tot de hoogte van die betaling zal zijn bevrijd, tot terugbetaling aan Inbev van hetgeen Inbev met ingang van 25 oktober 2005 tot heden meer heeft betaald dan waartoe zij op grond van de nader vastgestelde huurprijs gehouden was, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de datum waarop deze bedragen opeisbaar zijn geworden tot aan de dag van de algehele voldoening;

- veroordeelt de Erven hoofdelijk, in die zin dat wanneer de één betaalt, de ander tot de hoogte van die betaling zal zijn bevrijd, tot betaling van de proceskosten aan de zijde van Inbev, begroot op € 750,- aan salaris gemachtigde en aan de zijde van Ranselaar, begroot op € 750,- aan salaris gemachtigde;

- verstaat dat de kosten van het deskundigenrapport ten laste van de Erven blijven;

- verklaart dit vonnis voor wat betreft de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

- wijst het meer of anders gevorderde af.

Het vonnis is gewezen door mr. N.V.M. Gehlen (...).

Commentaar

De verhuur in één huurovereenkomst van 7:290 BW bedrijfsruimte en woonruimte kan tot behoorlijke complicaties leiden. In deze zaak waren twee deskundigenrapportages en vier vonnissen⁵² nodig om tot een nadere vaststelling van de huurprijs te komen.

Er is hier sprake van een in de horeca redelijk gebruikelijke situatie: de verhuur van een horecabedrijfsruimte met bovenwoning. Huurder is Inbev die op haar beurt heeft onderverhuurd aan de gevoegde partij Ranselaar. De huurovereenkomst dateert uit 1974. In 1994 heeft Ranselaar de

52. Voor de tussenvonnissen van 25 februari 2009 en 30 september 2009: zie *WR* 2010, 42. Het tussenvonnis van 15 juni 2011 valt te vinden op www.huurrechtonline.nl.

bovenwoning verbouwd tot drie woonappartementen.⁵³ Dit is blijkbaar met toestemming van de verhuurder gebeurd waarbij de verhuurder kennelijk in afwijking op het bepaalde in de hoofdhuurovereenkomst toestemming voor deze onderverhuur heeft gegeven (de exacte gang van zaken blijkt niet duidelijk uit de vonnissen).

Er kunnen zich een aantal situaties voordoen, zoals:

- a. de bovenwoning is in gebruik als bedrijfsruimte (bv. opslag), in dat geval kan de huurprijs ex art. 7:303 BW nader worden vastgesteld;⁵⁴
- b. de bovenwoning is in gebruik als woning en die woning valt aan te merken als een afhankelijke woning (art. 7:290 lid 3 BW), ook dan kan de huurprijs ex art. 7:303 BW nader worden vastgesteld;
- c. de bovenwoning is in gebruik als woning en die woning valt aan te merken als een niet afhankelijke woning, in dat geval is sprake van het woonruimteregime en valt de huurprijs voor de bovenwoning niet ex art. 7:303 BW nader vast te stellen.

In deze zaak speelde de vraag of sprake was van de situatie onder b) of c). In dat kader diende de vraag beantwoord te worden welk huurregime op de bovenwoning van toepassing is. Er is immers sprake van samenloop tussen de verhuur van woonruimte en 7:290-bedrijfsruimte.⁵⁵ De door de Hoge Raad ter zake geformuleerde criteria komen er in de kern op neer dat sprake is van een afhankelijke woning indien het noodzakelijk is dat de huurder van de bedrijfsruimte ook de woning bewoont of indien de woning niet zonder overwegende bezwaren door een ander dan de huurder van de bedrijfsruimte kan worden gebruikt.⁵⁶

De kantonrechter oordeelde, naar aanleiding van een bezoek aan het gehuurde, dat sprake is van een niet-afhankelijke woning. De in de bovenwoning aanwezige drie woonruimten beschikken over een eigen toegang via een steeg. Vervolgens diende de huurprijs per de peildatum te worden gesplitst. Daarbij rees een nieuwe vraag: is de huurprijs van de bovenwoning geliberaliseerd of niet? Aangezien de huurovereenkomst was gesloten in 1974 wordt, zo overwoog de kantonrechter, niet aan de criteria van art. 7:247 BW voldaan. De huurovereenkomst dateerde immers van vóór 1 juli 1994. Denkbaar is nog dat de huurovereenkomst met betrekking tot de bovenwoning in 1994 (dat moet dan wel na 1 juli zijn geweest) zozeer is gewijzigd (door de verbouwing en de toestemming voor onderverhuur) dat in feite sprake is van een nieuwe huurovereenkomst aangaande de bovenwoning. Dat was echter niet gesteld.

De kantonrechter overweegt dat aansluiting moet worden gezocht bij de waarderingsmethodiek die in de gegeven omstandigheden het meest recht doet aan de uitgangssituatie bij de aanvang van de huur. De kantonrechter verwerpt in dit kader de toekenning van de 'economische huurwaarde' en van het in mindering brengen van de huur die de feitelijke gebruikers van de bovenwoning betalen (€ 21.000,00 per jaar) op de totale huurprijs. De kantonrechter zoekt daarentegen aansluiting bij het woningwaarderingsschema. Dit lijkt mij correct en is een hanteerbare maatstaf.⁵⁷ Sterker nog: stel dat de kantonrechter voor de splitsing een methodiek had gebruikt die zou leiden tot een hogere huurprijs dan de maximaal redelijke huurprijs, dan zou de huurder vervolgens een huurverlagingvoorstel kunnen doen en zich tot de huurcommissie kunnen wenden, zij het niet met terugwerkende kracht.⁵⁸

Dat de kantonrechter uitgaat van de maximaal redelijke huurprijs (en niet van een lagere huurprijs) lijkt mij redelijk, zeker gelet op de gegeneerde huur van die bovenwoning. Hierbij dient bedacht te worden dat indien de huurprijs op een lager bedrag dan de maximaal redelijke huurprijs was vastgesteld, de verhuurder die huurprijs niet meer kon verhogen tot de maximaal redelijke huurprijs (maar indien de huurprijs op een hoger bedrag was vastgesteld de huurder dus later wel een verlaging kon bewerkstelligen). Overigens stond ook het aan de bovenwoning toegekende aantal punten ter discussie.

De huurder had zich nog op het standpunt gesteld dat de contractuele indexering van 5% voor de woonruimte niet geldig is, gelet op art. 7:248 lid 2 BW. De kantonrechter passeert de vordering van de huurder om een indexering te bepalen die gelijk is aan de geldontwaarding. Naar mijn mening is dat terecht. In deze procedure kan de kantonrechter alleen de huurprijs splitsen en vervolgens de huurprijs voor de art. 7:290 BW ruimte nader vaststellen. Echter, hierbij lijken partijen over het hoofd te zien dat de huurder ieder jaar kan protesteren tegen een indexering van de huurprijs van de bovenwoning voor zover die hoger is dan het door de minister vastgestelde percentage.

Nu het woonruimteregime op de bovenwoning van toepassing is, heeft dit ook, voor de verhuurder onaangename, gevolgen voor de onderhoudsverdeling⁵⁹ en de huurbescherming.⁶⁰ Indien de bovenwoning onder het geliberaliseerde huurprijsregime zou vallen, dan zou de verhuurder op enig moment nog een redelijk voorstel kunnen doen, inhoudende een verhoging van de huurprijs. En indien de huurder niet akkoord zou gaan, dan zou de verhuurder de huurovereenkomst met betrekking tot de bovenwoning kunnen opzeggen.⁶¹ Die mogelijkheid heeft de verhuurder in deze zaak dus niet.

De uitkomst van deze lange procedure is voor de verhuurder bepaald teleurstellend. Aan de bovenwoning wordt een huurprijs van € 9.129,27 op jaarbasis toegekend terwijl die, inmiddels opgesplitste, bovenwoning € 21.000,00 op jaarbasis opbrengt. Weliswaar deels als gevolg van verbeteringen door de (onder)huurder maar die kosten zijn in het kader van de bepaling van de huurprijs van de niet afhankelijke boven-

53. In de relatie tussen (hoofd)verhuurder, de erven en huurder, Inbev, zal ik in enkelvoud spreken over 'de bovenwoning'.

54. HR 16 december 1994, *NJ* 1995, 185 (Hunting / Peters).

55. Ook andere samenloop is uiteraard denkbaar, zoals tussen 230a-ruimte en woonruimte, zie HR 5 november 1993, *NJ* 1994, 228 (Fuks/ Recourt). Zie over dit soort gemengde huurovereenkomsten ook: F.C. Borst, 'Gemengde overeenkomsten met een huurelement en gemengde huurovereenkomsten', *WR* 2004, 20.

56. HR 24 januari 1997, *NJ* 1997, 558 (Tokkie / Bar-bistro De Hooisuur) en HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 478 (Van Oest / Redevco). Zie voorts (art. 81 RO) HR 26 november 2004, *LJN* AR3153 (Foto Wiegerinck).

57. Dit wordt ook bepleit door Evers in het boek M.F.A. Evers, *Huurrecht Bedrijfsruimte*, Deventer: Kluwer 2011, p. 184.

58. Art. 7:254 BW.

59. Rb. Arnhem, sector kanton, locatie Nijmegen, 8 januari 2010, *LJN* BK8814.

60. Rb. Rotterdam 12 september 1996, *WR* 1998, 9 (in hoger beroep).

61. Art. 7:274 lid 1 sub d BW.

woning in beginsel niet van belang. Daarnaast wordt ook nog eens de totale huurprijs op een lager bedrag vastgesteld terwijl de verhuurder deze procedure nu juist was begonnen om een hogere huurprijs vastgesteld te krijgen.

E.H.H. Schelhaas⁶²

62. Egbert Schelhaas is werkzaam als advocaat bij BANNING N.V. te 's-Hertogenbosch.