

daarvan ter verificatie? Dat is onzeker. Door sommige schrijvers wordt betoogd dat de huurder een beroep van de curator op zijn recht op wanprestatie kan afweren door de uitoefening van een retentierecht.⁵¹ Ook Van der Kolk had zich in de onderhavige zaak op een retentierecht beroepen, maar het hof kwam aan dat beroep niet toe. Aan de voorwaarden voor een beroep op een retentierecht lijkt inderdaad te zijn voldaan. Een retentierecht kan ook bestaan indien er geen verbintenis maar een andersoortige verplichting tot afgifte bestaat,⁵² welke verplichting in een voorkomend geval voldoende samenhang vertoont met de vordering van de wederpartij tot gebruik om een beroep op een retentierecht te rechtvaardigen.⁵³ Bovendien kan een schuldeiser zijn retentierecht op grond van art. 3:291 lid 2 BW ook tegenwerpen aan een derde met een ouder recht op de zaak (De Baron), indien zijn vordering voortvloeit uit een overeenkomst die de schuldenaar (Avabouw) bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan. Toch zou ik een beroep op een retentierecht hier niet willen aanvaarden. De uitoefening van een retentierecht voor een vordering die betrekking heeft op prestaties die ná datum faillissement dienen te worden verricht, staat mijns inziens op gespannen voet met het systeem van de Faillissementswet en het daarin neergelegde keuzerecht van de curator. Belangrijker nog is dat het honoreren van het retentierecht van de wederpartij in een voorkomend geval mijns inziens regelrecht in strijd is met het *Nebula*-arrest. De essentie van dit arrest is immers dat een obligatoir gebruiksrecht in faillissement niet kan worden uitgeoefend indien het verhaal van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wordt geschaad. Zou de wederpartij haar gebruiksrecht via de achterdeur van het

retentierecht alsnog ten nadele van de gezamenlijke schuldeisers kunnen verzilveren, dan zou de reikwijdte van het *Nebula*-arrest daarmee in ieder geval in belangrijke mate worden ingeperkt.⁵⁴ Mij komt dit onwenselijk voor.⁵⁵ Ook Jansen en Storme verdedigen voor het Belgische recht dat de curator die gebruikmaakt van zijn recht om niet verder te hoeven presteren, géén retentierecht tegengeworpen moet kunnen krijgen.⁵⁶ Wél verdedigbaar lijkt mij dat de wederpartij in reactie op de vordering van de curator tot afgifte op de voet van art. 6:80 jo. art. 6:265 BW overgaat tot ontbinding van het contract en voor haar daaruit voortvloeiende aanspraken een retentierecht uitoefent. In zoverre zou haar positie mijns inziens niet moeten verschillen van bijvoorbeeld de aannemer of de reparateur die voor zijn schadevergoedingsvordering een retentierecht inroept. Het is evenwel de vraag of de schuldeiser in kwestie dan nog bevoegd moet worden geacht de zaak te gebruiken.⁵⁷ In ieder geval kan het retentierecht in een voorkomend geval door de curator op de voet van art. 60 lid 2 Fw worden doorbroken. Is sprake van huur waarvoor de regel 'koop breekt geen huur' geldt, dan schiet de wederpartij zichzelf met een ontbinding bovendien in de voet, omdat de toepasselijkheid van die regel vanzelfsprekend vervalt indien het contract wordt beëindigd.

19. Over de positie van de huurder in het faillissement van de verhuurder is het laatste woord nog zeker niet gezegd. Het wachten is op een richtinggevend arrest van de Hoge Raad. In de onderhavige procedure zal dat arrest er helaas niet komen. Door de curator is geen cassatieberoep ingesteld.

mr. T.T. van Zanten

51 Zie Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M. van Andel & F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Preadviezen 2006, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006, § 7.3.3, p. 120; R.J. van Galen, 'Rechtspraak Faillissementsrecht, Faillissement Nebula (HR 3 november 2006, nr. C05/165HR, LJN AX8838)', *Ondernemingsrecht* 2007/7, p. 293-294. Aarzelend: W.J.M. van Andel, noot onder Rb. Dordrecht (vzr.) 14 juni 2007, *JOR* 2008/133, onder 4.

52 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 881 en HR 28 juni 1996, *NJ* 1997/397, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Hendriks/Slot q.q.*).

53 Zie art. 6:52 jo. art. 6:57 BW.

54 In de zaak die leidde tot Rb. Rotterdam 17 november 2010, LJN B05199, deed zich eenzelfde casus voor als in de zaak *Nebula*, maar werd de vordering van de curator tot afgifte van de onroerende zaak door zowel de economisch eigenaar als diens huurder afgeweerd met een beroep op een retentierecht. Aan een oordeel omtrent de vraag hoe de uitoefening van het retentierecht zich verhiel tot het keuzerecht van de curator en de regel uit het *Nebula*-arrest kwam de rechtbank evenwel niet toe, aangezien kennelijk tussen partijen in *confesso* was dat de uitoefening van een retentierecht in de gegeven omstandigheden op zichzelf mogelijk moest zijn.

55 Vgl. Jhr. J.L.R.A. Huydecoper, 'Insolventie en rechten van intellectuele eigendom', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus* (Serie Onderneming en Recht deel 44), Deventer: Kluwer 2008, p. 658-659, die de inroeping van een 'retentierecht' door een licentiehouder ten opzichte van de curator ongeoorloofd acht, niet alleen omdat in dat geval de rechtstreekse fysieke betrekking die retentierecht op tastbare zaken rechtvaardigt, ontbreekt, maar ook omdat met de opschorting van de verplichting om toepassing van het gelicentieerde te staken 'toch, in weerwil van art. 26 Fw, het aan de licentie ontleende recht anders dan via verificatie tegen de boedel geldend zou worden gemaakt.'

43

Rechtbank 's-Gravenhage (Kantonrechter 's Gravenhage) 10 mei 2012, nr. 1007709/10-31433

(Mr. A.C. Olland)
m.nt. mr. J.M. Heikens

(art. 7:309 BW; art. 236 Rv; art. 6:248 lid 2 BW)

230a-bedrijfsruimte – beëindiging huurovereenkomst – procesrecht: bindende kracht 230a-beschikking; tijdsverloop tussen overgang opvolgend verhuurder en de afbraak in het algemeen belang; strekking art. 7:309 BW; feitelijke genotsverwachting; redelijkheid en billijkheid; geen schadeloosstelling

56 R. Jansen & M. Storme, 'Tegenwerpelijke verbintenissen bij samenloop? Wat niet bezwaart, moet niet worden gelicht!', noot onder Gent 16 april 2009, *R.W.* 2009-10, p. 1482.

57 C.C.J. Aarts, *Het retentierecht* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 251-252, schrijft dat de retentor bevoegd moet worden geacht de teruggehouden zaak te gebruiken, indien en voor zover de zaak daardoor niet wordt beschadigd of in waarde vermindert. Ik vind dat bepaald kwestieus, in het bijzonder in situaties waarin geen contractueel gebruiksrecht bestaat.

Het gehuurde moet worden aangemerkt als een gebouwde onroerende zaak, zoals in een eerdere 230a-beschikking tussen partijen is bepaald en art. 7:309 BW is van toepassing. De kantonrechter overweegt dat uit de wetsgeschiedenis volgt dat aan beslissingen aangaande rechten en verplichtingen die voorwerp zijn van de rechtsstrijd tussen partijen het gezag van gewijsde kan toekomen. Bepalend voor het kunnen inroepen van het gezag van gewijsde van zulke beslissingen in een volgend geding is dat de eerdere beslissing dezelfde rechtsbetrekking in geschil betrof. Hiervan is in deze zaak sprake. Dat de eerdere beslissing inzake het aanmerken van het gehuurde als gebouwde, onroerende zaak is vervat in een beschikking maakt dit niet anders, evenmin dat de beslissing ex art. 7:230a BW minder verstrekken rechtsgevolgen heeft dan art. 7:309 BW.

De kantonrechter oordeelt dat de gemeente moet worden beschouwd als rechtsopvolgend verhuurder in de zin van art. 7:309 BW. Er is immers vanaf het moment van overname door de gemeente zonder onderbreking sprake geweest van een verhuurrelatie tussen partijen. Dat dat vanaf enig moment onder vigeur van nieuwe afspraken in een nieuwe overeenkomst is gebeurd maakt dit niet anders.

De schadeloosstelling ex art. 7:309 BW betreft alleen de zogenoemde 'feitelijke genotsverwachting': het verlies van de kans dat de huurverhouding zonder de rechtsopvolging aan verhuurderszijde zou hebben voortgeduurd. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat naarmate meer tijd verstrijkt na de eigendomsovergang, de kans dat de oorspronkelijke verhuurder de huur zou hebben beëindigd hoger moet worden geacht. De regeling van art. 7:309 BW is ingegeven om het verschil van de gevolgen van de huurder van bedrijfsruimte tussen de situatie van onteigening en die van minnelijke aankoop op te heffen. In deze casus is er minimaal 26 jaar gelegen tussen de eigendomsovergang en de door de gemeente beoogde afbraak. Gesteld noch gebleken is dat de aankoop door de gemeente van het perceel in 1984 is geschied als alternatief voor onteigening en/of dat de gemeente op dat moment reeds plannen had tot beëindiging van de huurovereenkomst in verband met beoogde afbraak van het verhuurde met het oog op uitvoering van werken in het algemeen belang. Onder deze omstandigheden is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat huurder gebruik zou kunnen maken van deze wettelijke regeling die een ander doel beoogt dan thans het geval is: het opheffen van het verschil tussen het volgen van het pad van onteigening en van minnelijke aankoop.

Eiseres:

Wilkohaag Metaal B.V., gevestigd te 's-Gravenhage

Gemachtigde:

mr. A.M. Dumoulin-Siemens

tegen

Gedaagde partij:

Gemeente Den Haag, zetelend te 's-Gravenhage

Gemachtigde:

Mr. A.R. de Jonge

(...)

Feiten

1.1 Bij brief d.d. 26 april 1989 heeft de gemeente de tussen haar en Wilkohaag bestaande huurovereenkomsten per 1 juli 1989 opgezegd.

1.2 Op 13 maart 1990 is tussen Wilkohaag en de gemeente een overeenkomst van dading gesloten waarin onder meer het volgende is opgenomen:

"(...) IN AANMERING NEMENDE

(...) dat op 3 oktober 1967 de rechtsvoorganger van Wilkohaag (...) een overeenkomst van huur en verhuur heeft gesloten met de (...) N.S., welke blijkens de huurovereenkomst betrekking heeft op de huur van een op het emplacement van het station Den Haag-Loosduinseweg gelegen terrein ter grootte van 1460 m².

- dat om de NS moverende redenen destijds is nagelaten in de huurovereenkomst te vermelden dat die overeenkomst niet alleen betrekking had op de huur van een terrein gelegen op het spoorwegemplacement doch ook op een op dat terrein uit bakstenen opgetrokken loods.
- dat op 8 juni 1976 de N.S. een overeenkomst van huur en verhuur heeft gesloten met Wilkohaag welke overeenkomst betrekking heeft op de huur van een voormalig dienstgebouw, groot 40 m², staande op het emplacement Den Haag-Loosduinseweg alsmede op een aangrenzend terrein ter grootte van 65 m²
- dat met ingang van 1 november 1979 tussen de N.S. en Wilkohaag een huurovereenkomst tot stand is gekomen met betrekking tot een terrein ter grootte van 1.525 m², gelegen op het emplacement van het station Den Haag-Loosduinseweg. Van dit terrein maakt het eerder aan de firma Wildenberg gehuurde bedrijfsterrein deel uit. Blijkens artikel 8 van voormelde overeenkomst is de huurovereenkomst d.d. 3 oktober 1967 met ingang van 1 november 1978 vervallen.
- dat op 12 september 1983 tussen de N.S. en Wilkohaag een wijzigingsovereenkomst is gesloten met betrekking tot de huur van het voormelde terrein ter grootte van 1.525 m² waarbij een aantal bepalingen van die overeenkomst buiten werking zijn gesteld.

(...)

- dat medio 1984 de eigendom van het voormalig emplacement in het kader van een gronduitruiltransactie is overgedragen aan de Gemeente die de beide (gewijzigde) huurovereenkomsten heeft voortgezet.
- dat tussen partijen een geschil is ontstaan dat betrekking heeft op de wijze waarop Wilkohaag het verhuurde terrein ter grootte van 1.525 m², verder te noemen 'het bedrijfsterrein' heeft gebruikt.
- dat bij brief d.d. 26 april 1989 de raadvrouw van de gemeente (...) namens de gemeente de huurovereenkomsten d.d. 1 juni 1976 en 1 november 1978 heeft opgezegd. Vervolgens heeft de gemeente

Wilkohaag bij dagvaarding d.d. 8 juni 1989 in rechte betrokken. De vordering strekt tot ontruiming van de ingevolge voormelde huurovereenkomsten gehuurde onroerende goederen.

- dat partijen bij elkaar te rade zijn gegaan teneinde het tussen hen gerezen geschil in der minne op te lossen.

Te dien einde hebben zij de navolgende OVEREENKOMST gesloten:

Artikel 1

Partijen verplichten zich met elkander binnen één maand na de ondertekening van deze overeenkomst een huurovereenkomst te sluiten met betrekking tot het bedrijfsterrein en de daarop gebouwde opstal. In de huurovereenkomst zullen tenminste de navolgende clausules worden opgenomen:

- a De huurovereenkomst heeft betrekking op een perceel grond en daarop gebouwde opstal, staande en gelegen in de nabijheid van de Loosduinseweg te 's-Gravenhage, met een totale oppervlakte van +- 1550 m².
- b De huurovereenkomst wordt aangegaan voor een tijd van 10 jaar. Behoudens in het geval dat huurder uiterlijk 6 maanden vóór de expiratedatum van de huurovereenkomst te kennen geeft dat zij geen verlenging daarvan wenst, zal deze overeenkomst na expiratie van de oorspronkelijke looptijd worden verlengd met een termijn van 10 jaar.

(...)

Artikel 2

Met ingang van de datum waarop tussenpartijen een nieuwe huurovereenkomst zal zijn gesloten, wordt de huurovereenkomst met betrekking tot het bedrijfsterrein (overeenkomst d.d. 1 november 1978) beëindigd.

(...)

Artikel 10

Nadat de bodemsanering, indien die noodzakelijk mocht blijken te zijn, is uitgevoerd en tussen partijen overeenstemming is bereikt over de vraag wie van hen welk aandeel in de kosten van de bodemsanering dient te dragen danwel daarover door de bevoegde rechter een in kracht van gewijsde gegane uitspraak is gegeven en alle kosten van de te treffen bodemsaneringsmaatregelen daadwerkelijk zijn voldaan door de partij die deze uiteindelijk heeft te dragen, zullen partijen met elkaar in overleg treden, teneinde te bezien of het mogelijk is het bedrijfsterrein aan Wilkohaag in eeuwigdurende erfpacht te geven.

(...)"

1.3 Met ingang van 1 maart 1990 heeft de gemeente aan Wilkohaag verhuurd het bedrijfsterrein groot 1550 m² en het daarop gelegen bedrijfsgebouw groot 119 m², gelegen aan de Uitenhagestraat ongenummerd, voorheen bekend onder het adres Loosduinsekade/Monstersestraat, te 's-Gravenhage, bestemd voor het opslaan, overslaan, sorteren en verhandelen van schroot. Deze huurovereenkomst is aangegaan voor een periode van 10 jaar en na ommekomst

van deze termijn nogmaals voor 10 jaar, derhalve eindigend op 28 februari 2010.

1.4 Bij brief d.d. 16 januari 2009 heeft de gemeente de huurovereenkomst opgezegd tegen 28 februari 2010 met aanzegging van de ontruiming tegen die datum.

1.5 Bij beschikking d.d. 1 juni 2010 heeft de kantonrechter te 's-Gravenhage onder meer de schorsing van de ontruimingstermijn met betrekking tot het gehuurde verlengd tot 1 maart 2011 en heeft daartoe onder meer het volgende overwogen:

"(...) Hier gaat het debat over de vraag naar de verhouding tussen ongebouwd onroerend goed, waarvoor geen huurbescherming geldt (art. 7:201 BW e.v.) en gebouwd onroerend goed met ofwel de dwingendrechtelijke huurbescherming van art. 7:290 BW, of de dwingendrechtelijke ontruimingsbescherming (art. 7:230a BW).

(...)

De kantonrechter ziet aanleiding om alle zaken, terrein, weegbrug en gebouw in zijn geheel als gebouwde onroerende zaak aan te merken en derhalve in beginsel voor huur- of ontruimingsbescherming in aanmerking te laten komen. (...)"

Vordering en verweer

2.1 Wilkohaag vordert – samengevat – bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

Primair:

- verklaring voor recht dat de gemeente gehouden is aan Wilkohaag op de voet van artikel 7:309 BW een schadeloosstelling te betalen en deze schadeloosstelling te begroten op een bedrag van € 959.100 althans op een door de kantonrechter in goede justitie vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding.

Subsidiar:

- verklaring voor recht dat de gemeente gehouden is aan Wilkohaag op de voet van artikel 3:14 BW een schadeloosstelling te betalen en deze schadeloosstelling te begroten op een bedrag van € 959.100, althans op een door de kantonrechter in goede justitie vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding;

Primair en subsidiar:

- met veroordeling van de gemeente in de proceskosten evenals de nakosten, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf datum dagvaarding.

2.2 De gemeente voert verweer.

Beoordeling

Gebouwde onroerende zaak?

3.1 Tussen partijen is allereerst in geschil of er al dan niet (in rechte) sprake is van een gebouwde onroerende zaak in de zin van artikel 7:230a BW. Wilkohaag beroept zich op de tussen partijen gewezen beschikking van de kantonrechter te 's-Gravenhage d.d. 1 juni 2010 waarin deze

Schadeloosstelling wegens strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur (artikel 3:14 BW)

3.10 Wilkohaag stelt zich op het standpunt dat de gemeente, door de huurverhouding met Wilkohaag te beëindigen zonder dat een vergoeding wordt aangeboden, handelt in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Zij stelt dat de huuropzegging voor haar onvoorzienbaar was. Zij merkt daarbij op dat investeringen door haar gepleegd 'in een onzeker daglicht komen te staan' en dat zij bij verplaatsing van haar bedrijf en één keer de investeringen zal moeten doen die zij op de huidige locatie in fasen heeft kunnen plegen.

3.11 De kantonrechter overweegt als volgt. De gemeente heeft bij conclusie van antwoord onbetwist gesteld dat zij vanaf 2005 haar ontwikkelingsambities nader invulling heeft gegeven door middel van een op 26 april 2005 opgestelde Ontwikkelingsrichting Uitenhagestraat waarin op pag. 4 staat vermeld: 'Ten behoeve van de integrale herontwikkeling is het noodzakelijk dat het bedrijf Wilkohaag wordt uitgeplaatst. Dit bedrijf kan vanwege milieuwetgeving niet worden gehandhaafd bij het toevoegen van de woonfunctie aan de Loosduinsekade.'. Bij conclusie van dupliek heeft zij onbetwist gesteld dat zij vanaf 2005 in diverse openbare documenten blijkt heeft gegeven van dit voornemen en dat zij vanaf juni 2005 meerdere malen informatiebijeenkomsten heeft gehouden voor ondernemers gevestigd op het bedrijventerrein Uitenhagestraat. Daarnaast, zo heeft zij onbetwist gesteld, heeft de gemeente ook op individueel niveau herhaaldelijk aan Wilkohaag het voornemen tot opzegging gecommuniceerd in de gesprekken naar aanleiding van een in 2006 door Wilkohaag ingediende bouwvergunning ten aanzien van het gehuurde.

3.12 Gelet op het vorenstaande alsmede in het licht van de door de kantonrechter bij beschikking d.d. 1 juni 2010 verleende verlening voor de duur van één jaar is de kantonrechter van oordeel dat er geen sprake is van strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en/of het evenredigheidsbeginsel. Wilkohaag heeft inmiddels ruim de tijd gehad om te anticiperen op het einde van de huurovereenkomst die voor bepaalde tijd was aangegaan.

3.13 Wilkohaag heeft voorts aangevoerd dat de gemeente, door Wilkohaag te dwingen tot een verhuizing naar een nieuw perceel en vervolgens te eisen dat een gesloten inrichting dient te worden gebouwd hoewel het bestemmingsplan zulks niet voorschrijft, het één en ander zonder een schadeloosstelling uit te keren, handelt in strijd met het verbod van détournement de procédure en/of détournement de pouvoir. Wat hier ook van zij, niet is gebleken is dat de door Wilkohaag beoogde alternatieve locatie de enige alternatieve locatie in de regio Haaglanden is. Wilkohaag merkt weliswaar ten aanzien van de door de gemeente genoemde alternatieve locaties op dat deze niet geschikt zijn doch het had in het kader van de onderbouwing van de gestelde schade – op de weg van Wilkohaag gelegen om te stellen en te onderbouwen dat de door haar beoogde alternatieve locatie (één van de doodlopende straatjes op

het Uitenhagestraat complex) het enige (redelijke) alternatief is.

3.14 Voorzover Wilkohaag een beroep doet op nadeelcompensatie op grond van het egalitébeginsel gaat dit niet op. De kantonrechter is van oordeel dat het nadeel van Wilkohaag niet zodanig is dat het buiten het normale maatschappelijke of bedrijfsrisico valt gelet op de eerdere opzegging, het feit dat er sprake is van een huurovereenkomst voor bepaalde tijd en het gegeven dat de gemeente vanaf 2005 haar voornemen kenbaar heeft gemaakt. Daar komt bij dat de huurovereenkomst bij beschikking d.d. 1 juni 2010 voor de duur van één jaar is verlengd en er sedertdien (bijna) twee jaar zijn verstreken.

3.16 Dat in artikel 10 van de overeenkomst van dading is opgenomen dat na ommekomst van twee termijnen van tien jaar overleg zou plaatsvinden omtrent eventuele uitgifte in erfpacht maakt dit niet anders. Evenals de kantonrechter in voormelde beschikking d.d. 1 juni 2010 is de kantonrechter in het kader van onderhavige procedure van oordeel dat dit reeds daarom niet aan de gemeente kan worden tegengeworpen omdat deze bepaling geen resultaatverbintenis inhoudt. Voorts rustte net zozeer op Wilkohaag de verplichting om al dan niet op eigen initiatief in overleg te treden met de gemeente.

3.17 De conclusie luidt dat er geen grond is voor schadeloosstelling van Wilkohaag op grond van strijd met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dan wel op basis van nadeelcompensatie.

Conclusies

3.18 De vorderingen van Wilkohaag worden afgewezen. Wilkohaag wordt als de in het ongelijk te stellen partij veroordeeld in de kosten aan de zijde van de gemeente, welke tot op heden worden begroot op € 2000.

Beslissing

De kantonrechter:

- wijst af de vorderingen van Wilkohaag;
- veroordeelt Wilkohaag in de kosten aan de zijde van de gemeente, € 2000 te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 14 dagen na heden.

Noot

Binnen het huurrecht bedrijfsruimte komt het betrekkelijk weinig voor dat de feitelijke achtergronden en omstandigheden bij een huurbeëindiging van dien aard zijn dat deze de huurder de mogelijkheid bieden om zich jegens de verhuurder te beroepen op de schaderegeling van art. 7:309 BW. Dit lijkt zo'n geval te zijn. Blijkens het vonnis wordt aan alle formele vereisten van art. 7:309 BW voldaan. De kantonrechter stelt vast dat sprake is van de verhuur van gebouwde bedrijfsruimte, de gemeente is verhuurder geworden door rechtsopvolging op de voet van art. 7:226 BW (aankoop van NS) en de gemeente heeft opgezegd in verband met de voorgenomen sloop van het gehuurde met het

oog op de uitvoering van werken in het algemeen belang. Desalniettemin wordt het beroep van de huurder op de schaderegeling afgewezen omdat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. De huurder zou gebruikmaken van een regeling die op een andere situatie ziet dan hier het geval is: het opheffen van het verschil tussen de gevolgen van onteigening en minnelijke aankoop. Het aanzienlijke tijdsverloop van 26 jaar tussen de eigendomsovergang door de gemeente en de beoogde afbraak van het gehuurde speelt daarbij een doorslaggevende rol. Beide gebeurtenissen liggen zo ver uiteen dat niet gezegd kan worden dat de aankoop door de gemeente van het perceel in 1984 is geschied als alternatief voor onteigening of dat de gemeente toen al plannen had de huurovereenkomst te beëindigen teneinde het gehuurde te kunnen afbreken met het oog op de uitvoering van werken in het algemeen belang. Toepassing van art. 7:309 BW zou daarom in dit geval haar doel voorbijschieten, aldus de kantonrechter. Anders gezegd, er is geen causaal verband tussen de verkrijging door de gemeente en de pas veel later door haar beoogde beëindiging van de huurovereenkomst in verband met de beoogde afbraak van het gehuurde. Dat dit causaal verband er moet zijn staat niet met zoveel woorden in de wet, maar de wetsgeschiedenis duidt er wel op dat van enig verband wel sprake moet zijn (zie ook M.F.A. Evers, *Huurrecht bedrijfsruimte*, 2011, p. 249).

Het oordeel van de kantonrechter komt niet uit de lucht vallen. Hij verwijst terecht naar de parlementaire geschiedenis uit 1970-1971, waarin de 'feitelijke genotsverwachting' van de huurder als relevante factor ten tonele wordt gevoerd: naarmate meer tijd verstrijkt na de eigendomsovergang moet de kans dat de oorspronkelijke verhuurder de huur zou hebben beëindigd hoger worden geacht. Dat heeft weliswaar een enigszins speculatief karakter, maar huur is nu eenmaal eindig en in dit geval is inderdaad niet ondenkbeeldig dat ook de rechtsvoorganger van de gemeente op enig moment een punt achter de huurovereenkomst zou hebben gezet. Dus in zoverre is het niet onbevredigend om bij de toepassing van art. 7:309 BW ook rekening te houden met tijdsverloop tussen de eigendomsverkrijging en de opzegging. Vervolgens dringt zich echter wel de vraag op waar dan de grens ligt.

Gompen wees er in het artikel 'Renovatie: enkele overpeiningen', *WR* 2007/54, p. 206 al op dat willekeur dreigt als de periode tussen de eigendomsoverdracht en de opzegging geen rol zou spelen. Anders zou dit tot de onwenselijke situatie kunnen leiden dat een huurder die jaren geleden een unit in bijvoorbeeld een winkelcentrum ging huren vlak voordat de eigenaar verhuurder werd, bij een dreigende beëindiging wél een beroep kan doen op art. 7:309 BW, maar de huurder die kort na die eigendomsovergang een huurovereenkomst in datzelfde winkelcentrum is aangegaan niet. Gompen bepleit om de door hem geschetste willekeur in te dammen door het recht op schadeloosstelling in de tijd te beperken. Hij noemt een termijn van bijvoorbeeld vijf jaar en verwijst daarbij naar de oorspronkelijke

opzet van de regeling (*Kamerstukken II* 1966/67, 8875, MvT, p. 17). Hij voegt daar nog wel aan toe dat die termijn niet zou moeten gelden voor de huurder van 290-bedrijfsruimte die reeds na vijf jaar onverwachts met een opzegging door zijn nieuwe verhuurder wordt geconfronteerd wegens dringend eigen gebruik in de vorm van sloop met het oog op de uitvoering van werken in het algemeen belang. Hoe dan ook, waar het volgens Gompen in de kern om gaat is dat er naast het causaal verband tussen de opzegging en de afbraak ook zal moeten worden gekeken naar het causaal verband tussen de eigendomsovergang en de huurbëindiging, ook al wordt die voorwaarde zoals gezegd niet met zoveel woorden in de wet gesteld. Of dat causaal verband aanwezig is zal per geval moeten worden beoordeeld. Naar het mij voorkomt kán de tijdsperiode tussen de eigendomsverkrijging en de opzegging bij die beoordeling een rol spelen, maar het gaat mij te ver om die periode op voorhand op een bepaald aantal jaren te fixeren.

Een andere, eveneens door Gompen geopperde mogelijkheid om tot een correcte toepassing van de regeling te komen zou zijn om bij de berekening van de schadeloosstelling zelf rekening te houden met de tussen de eigendomsovergang en de opzegging gelegen tijdsperiode, bijvoorbeeld door sturend op te treden met de te hanteren factor teneinde een beter evenwicht te vinden tussen bijvoorbeeld de tegemoetkoming in de verhuis- en inrichtingskosten van art. 7:297 lid 1 BW en de schadeloosstelling van art. 7:309 en 7:310 BW. Hij werkt dit verder niet uit, maar denkbaar zou zijn om een groter tijdsverloop aan te merken als bijzondere omstandigheid die het mogelijk maakt om bij de berekening van de schadeloosstelling uit te gaan van een lagere dan de (bij 290-bedrijfsruimte) gebruikelijke factor 7 (HR 27 maart 2009, *NJ* 2009/166).

Wat verder nog opvalt is dat de kantonrechter het aangaan van de nieuwe overeenkomst tussen de gemeente en de huurder na de eigendomsoverdracht niet als een belemmering ziet om de gemeente te beschouwen als rechtsopvolgend verhuurder. De kantonrechter motiveert dit door te overwegen dat er vanaf het moment van overname door de gemeente zonder onderbreking sprake is geweest van een verhuurrelatie tussen partijen. Niet zelden zal het voorkomen dat een huurder in een vergelijkbare situatie in de verleiding wordt gebracht om met zijn opvolgende verhuurder een aanvullende of een nieuwe huurovereenkomst aan te gaan. Het valt niet goed te verdedigen dat hij daarmee ook zonder meer zijn aanspraak op de schadeloosstelling van art. 7:309 BW verliest als de verhuurder enige tijd daarna zou besluiten de huurovereenkomst te beëindigen in verband met voorgenomen sloop in het kader van de uitvoering van werken in het algemeen belang of - in vergelijkbare zin - in het kader van de verwezenlijking van een krachtens een geldend bestemmingsplan op het verhuurde liggend bestemmingsplan als bedoeld in art. 7:310 BW. Het aangaan van een nieuwe huurovereenkomst hoeft immers op zichzelf niet in de weg te staan aan het vermoeden dat de verhuurder het verhuurde (met deze huurder) in de

eerste plaats heeft verkregen om het uiteindelijk af te breken.

Het is goed om vast te stellen dat de kantonrechter in deze zaak de juiste insteek heeft genomen door de afwijzing van de vordering van de huurder te baseren op het aanzienlijke tijdsverloop tussen de eigendomsoverdracht en de opzegging, ook al wordt dat opgehangen aan de redelijkheid en billijkheid. Alleen dat tijdsverloop is in het kader van de beoordeling van 'de feitelijke genotsverwachting' van art. 7:309 BW relevant. Afwijzing op grond van de op zichzelf weinig relevante omstandigheid dat de huurovereenkomst tussen partijen ten tijde van de opzegging niet meer helemaal dezelfde is als ten tijde van de verkrijging door de verhuurder, waardoor deze dan (dus) haar positie als opvolgend verhuurder zou hebben verloren ware, alhoewel in uitkomst hetzelfde, onbevredigend geweest.

mr. J.M. Heikens

44

Rechtbank 's-Hertogenbosch (Kantonrechter 's-Hertogenbosch) 3 mei 2012, nr. 788640 en 11-9783
(Mr. P.A.M. Penders)

(art. 7:248 BW; art. 3:308 BW; art. 6:248 lid 2 BW)

NJF 2012/355
RVR 2012/85
LJN BW5006

Huurprijs woonruimte; verhuurster heeft 17 jaar jaarlijkse indexering verzuimd; verjaring; verplichting ex tunc; ingang huurverhoging ex nunc; maatstaven van redelijkheid en billijkheid; onaanvaardbare consequenties voor huurder; indexering huurbedrag vanaf moment dat verhuurster huurders over verzuim inlicht

Er is een huurovereenkomst voor woonruimte gesloten met een indexeringsclausule. De overeengekomen jaarlijkse indexering is 17 jaar niet toegepast. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is het onaanvaardbaar om na 17 jaar, alsnog de huurverhoging met terugwerkende kracht door te voeren en de verhoogde huur met terugwerkende kracht te innen. Verhuurster heeft 17 jaar lang de oude huur geïnd en daarmee de indruk gewekt dat dat de verschuldigde huur was en dat huurders door die huur te voldoen aan hun verplichtingen hadden voldaan. Daar komt bij dat huurders onevenredig worden benadeeld als verhuurster nu opeens met terugwerkende kracht voor de afgelopen 5 jaar (de vordering voor de periode daarvoor was verjaard) de huurverhoging vordert. In dat geval zou huurder geen recht meer hebben op huurtoeslag en de huurtoeslag die hij heeft ontvangen terug moeten betalen. Ook konden huurders niet anticiperen op deze huurverho-

ging, het plotseling alsnog verschuldigde hoge huurbedrag en de financiële gevolgen daarvan.

Verhuurster heeft per abuis de huur niet verhoogd en daarom moet die omstandigheid voor haar rekening blijven. Verhuurster heeft huurders op 1 november 2010 geïnformeerd over het per abuis niet verhogen van de huur. Verhuurster mag daarom vanaf die datum de huur verhogen.

Bij het berekenen van de nieuwe huurprijs mag verhuurster niet indexeren vanaf 1 juli 1993 maar slechts indexeren vanaf 1 november 2010. Huurders kunnen niet plotseling met een enorme huurverhoging geconfronteerd worden, enkel en alleen omdat verhuurster een vergissing heeft gemaakt. Daarbij komt dat de gevolgen van een indexering vanaf 1 juli 1993 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor huurders onaanvaardbaar zouden zijn. Het zou betekenen dat huurder de facto niet meer in staat zal zijn om de huur te betalen. Door de plotselinge aankondiging van de huurverhoging op 1 november 2010 kon hij vooraf geen rekening met de huurverhoging houden.

De kantonrechter oordeelt dat verhuurster vanaf 1 november 2010 de huurprijs mag verhogen door vanaf die datum te indexeren en dat zij dus niet vanaf 1 juli 1993 – met terugwerkende kracht – de indexatie mag berekenen.

Eiseres:

Free Record Shop B.V., gevestigd te Capelle aan den IJssel

Gemachtigde:

mr. L.C. Geense

tegen

Gedaagden:

Hu-Fang Chang en Hecha Chang-Lin, beiden wonende te Uden op verschillende adressen

Gemachtigde:

mr. H.M.A. van den Boogaard

(...)

2 Het geschil

2.1 Free Record Shop vordert

- de veroordeling van Chang en Chang-Lin hoofdelijk tot betaling van € 8264,71, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf 17 oktober 2011 tot de dag der algehele voldoening;
- de veroordeling van Chang-Lin tot betaling van € 2334,37, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf 17 oktober 2011 tot de dag der algehele voldoening;
- de veroordeling van Chang en Chang-Lin in de proceskosten, inclusief nakosten ten bedrage van respectievelijk € 131 of € 199.

Free Record Shop legt daaraan, zakelijk weergegeven, het volgende ten grondslag.

Chang en Chang-Lin huren van haar sinds 1 mei 1992 de woning aan de Galerij 10A te Uden. Op grond van de huurovereenkomst wordt de huurprijs jaarlijks per 1 juli aangepast met het wettelijke huurverhogingspercentage. Dat was