

Huurprijsherziening bedrijfsruimte

mr. M. Cohen en mr. J.P.H. Jacobs*

1. Inleiding

Indien de huurprijs van een bedrijfsruimte ex art. 7:290 BW niet meer overeenstemt met de huurprijs van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse, kunnen zowel verhuurder als huurder de huurprijs door de rechter nader laten vaststellen. Bij de verhuur van overige bedrijfsruimte (ex art. 7:230a BW) ligt dit wezenlijk anders; voor deze categorie bedrijfsruimte ontbreekt een wettelijke regeling, zodat partijen aangewezen zijn op hetgeen zij contractueel zijn overeengekomen. De huurprijsherziening van art. 7:290 BW bedrijfsruimte staat in deze bijdrage centraal.

Na een uiteenzetting van de wetsgeschiedenis die heeft geleid tot de huidige wettelijke regeling onder paragraaf 2, zal onder paragraaf 3 het in 2003 ingevoerde art. 7:304 BW (deskundigenadvies) aan de orde komen. Dit deskundigenadvies is destijds in de wet opgenomen om partijen voorafgaand aan de eigenlijke huurprijswijzigingsprocedure te bewegen tot serieuze onderhandelingen over de nieuw vast te stellen huurprijs.¹ In het daaropvolgende onderdeel komt de eigenlijke huurprijswijzigingsbepaling van art. 7:303 BW aan bod. De verschillende tijdstippen waarop de vordering tot huurprijsaanpassing kan worden ingesteld zullen worden besproken, evenals de in de rechtspraak gebruikte methoden en factoren waar rekening mee dient te worden gehouden bij huurprijsherziening. Onder 'Varia' in paragraaf 5 besteden we aandacht aan de mogelijkheid tot vordering van wettelijke handelsrente over de huurprijsaanpassing; bijzondere objecten en omzet-huur. In paragraaf 6 gaan we in op enige recente ontwikkelingen in de markt. Zo is zeer recent weer de discussie hervat over de vraag of de huidige wettelijke regeling anno 2012 nog wel voldoet gezien de verschillen tussen de markthuur en de herzieningshuur.² De vraag kan worden gesteld of de wettelijke regeling nog wel voldoende aansluiting heeft bij de praktijk in retailland. We sluiten af met overwegingen en een samenvatting in paragraaf 7.

Als auteurs hebben we er voor gekozen de meest recente jurisprudentie en ontwikkelingen van 2010 en 2011 in deze bijdrage te verwerken. Nu er nog niet eerder een kroniek over de huurprijsherziening is verschenen, staan we waar nodig ook kort stil bij relevante jurisprudentie van vóór 2010 waar de recente jurisprudentie op voortborduurde. Om een zo volledig mogelijk beeld te geven van de huurprijswijziging, zullen ook beknopt relevante onderwerpen worden behandeld waar geen recente jurisprudentie over bestaat.

2. Wetsgeschiedenis

Uitgangspunt van de wettelijke regeling is altijd geweest dat partijen vrij zijn de door hen gewenste huurprijs overeen te komen; contractsvrijheid staat dus voorop. Dat was onder het oude recht voor 1624-bedrijfsruimte (de huidige 290-bedrijfsruimte) al het geval.³ De mogelijkheid van huurprijsherziening gold onder het oude recht als tegenhanger van

de huurbescherming.⁴ Wanneer de huurbescherming de verhuurder belette de huurovereenkomst met een huurder te beëindigen, dan moest de verhuurder in ieder geval de mogelijkheid hebben om in zo'n situatie aanspraak te maken op een redelijke huurprijs.⁵ Aanvankelijk was het systeem (vanaf 1971) zo ingericht dat huurprijswijziging alleen kon worden verzocht in het kader van een opzeggings- en verleningsprocedure.⁶

Als knelpunt werd ervaren dat een huurder die op zijn beurt een huurprijsverlaging wilde bewerkstelligen afhankelijk was van de opzegging van de huur door verhuurder. Buiten de huuropzegging door de verhuurder kon de huurder niet het initiatief nemen tot huurprijsaanpassing. Om die reden werd in 1975 art. 7a:1632 a BW (oud) ingevoerd.⁷ Deze bepaling gaf zowel de verhuurder als de huurder de mogelijkheid om buiten het bestek van een huuropzegging huurprijswijziging te vragen.

De invoering van deze bepaling leidde in de praktijk tot aanzienlijke huurprijsverhogingen. Het wettelijke criterium: 'niet meer overeenstemt met die van vergelijkbare bedrijfsruimte' en 'ter plaatse' had tot gevolg dat deskundigen en rechters de huurprijzen die huurders bereid waren te betalen voor leeg gekomen winkelpanden van doorslaggevend belang achten; feitelijk werd de vrije marktwaarde de belangrijkste richtsnoer. Nu aspirant-huurders, met name bij de winkelcentra in grote steden, bereid waren fors hogere huren te betalen dan zittende huurders, was het logische gevolg dat in huurprijsherzieningsprocedures huurders geconfronteerd werden met zeer forse huurprijsverhogingen (het zgn 'Lijn-

* Mr. M. C. Cohen en mr. J.P.H. Jacobs zijn beiden advocaat en verbonden aan Bosselaar & Strengers Advocaten te Utrecht.

1. Wet van 21 november 2002, *Stb.* 2002, 588, *Kamerstukken II* 1999, 26 932 nr. 3, p. 9 (MvT, ad art. I 304 BW).
2. Aldus DTZ Zadelhoff op 21 maart 2012 in 'Grip op de zaak' huurprijsherziening bij winkelvastgoed. Met de herzieningshuur wordt bedoeld de herziene huurprijs op basis van de wettelijke regeling van art. 7: 303 lid 2 BW. De herziene huurprijs wordt vastgesteld aan de hand van de huurprijzen van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse die zich hebben voorgedaan gedurende de referentieperiode van 5 jaar voorafgaand aan de datum instellen vordering.
3. Voor Huurwet-bedrijfsruimten golden in sommige gevallen maximumprijzen.
4. M.F.A. Evers, *Huurrecht bedrijfsruimten*, achtste druk (Kluwer 2011), 163.
5. Idem noot 5.
6. Op grond van 7A:1626 lid 3 BW en 7A:1631a lid 8 BW.
7. Wet van 26 juni 1975, *Stb.* 339, inwerkingtreding 1 september 1975.

baanefect').⁸ In sommige gevallen was er sprake van een verdrievoudiging van de huurprijs.

Deze ontwikkeling werd als ongewenst ervaren. De politiek verzocht om wettelijke maatregelen om een eind te maken aan deze (exorbitante) huurprijsstijgingen.⁹ De wetgever ging aan de slag en dit leidde tot een wetswijziging in 1980.¹⁰ De referentieperiode van vijf jaar werd ingevoerd, waarbij gekeken moet worden naar het gemiddelde van huurprijzen die zich de afgelopen vijf jaar tot aan indienen van het inleidende verzoekschrift¹¹ hebben voorgedaan. De invoering van deze referentieperiode had duidelijk een dempend effect op de huurprijsstijgingen.

Midden jaren negentig is met wetsvoorstel 24.150 een poging gedaan het huurrecht van bedrijfsruimte en de huurprijsherziening ingrijpend te wijzigen.¹² Dit controversiële wetsvoorstel voorzag in een systeem van huurprijsherziening op basis van marktwaarde, de invoering van een geheel of gedeeltelijk aan de omzet gerelateerde huurprijs en de invoering van een ontvankelijkheids eis bij huurprijsherzieningsprocedures. Met name vanuit belangenorganisaties kwam er veel kritiek op dit voorstel. Dit resulteerde uiteindelijk in een intrekking van het wetsvoorstel.¹³ Hoewel dit wetsvoorstel het niet heeft gehaald, zijn sommige elementen hiervan in de huidige wet verwerkt.¹⁴ Te noemen zijn: het ontvankelijkheidsvereiste van art. 7:304 BW; de scheiding van de huurprijsbepalingen en de huur- en termijnbescherming.

Wanneer verhuurder en huurder er over de aanpassing van de huurprijs onderling niet uitkomen, dienen zij de nu geldende wettelijke procedure van de art. 7:303 BW en 304 BW te volgen. De vordering tot huurprijsherziening dient begeleid te gaan door een advies van een deskundige die door beide partijen is aangewezen. Art. 7:304 BW voorziet in de wijze waarop dit deskundigenadvies – zo nodig door aanwijzing van een deskundige door de rechter – tot stand dient te komen. Art. 7:303 BW regelt het moment waarop de huurprijs in de rechtsverhouding verhuurder-huurder kan worden aangepast; de criteria die gelden bij het nader vaststellen van de huurprijs en de ingangsdatum van de huurprijsaanpassing. Allereerst gaan we in op de procedure van art. 7:304 BW.

3. Art. 7:304 BW: deskundigenadvies

Art. 7:304 BW luidt als volgt:

1. Een vordering tot nadere huurprijsvaststelling is slechts ontvankelijk, indien deze vergezeld gaat van een advies omtrent de nadere huurprijs, opgesteld door een of meer door partijen gezamenlijk benoemde ter zake deskundigen.
2. Indien partijen geen overeenstemming bereiken over de benoeming van een deskundige, benoemt de rechter deze op verzoek van de meest gereede partij. Indien een zodanig verzoek wordt gedaan, geldt de dag van dat verzoek voor de toepassing van artikel 303 leden 1, 2 en 4 als de dag waarop de vordering tot nadere vaststelling van de huurprijs in ingesteld.
3. De kosten van het advies zijn proceskosten als bedoeld in artikel 237 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; de artikelen 195, 196, 199 en 244 van dat wetboek zijn van overeenkomstige toepassing.

In deze paragraaf wordt de bedoeling bij dit wetsartikel van de wetgever behandeld alsmede de rechtspraktijk die hiermee in contrast staat. Vervolgens zullen de belangrijkste geschilpunten in de rechtspraak aan bod komen, zoals de vraag wanneer partijen voldoende overleg hebben gevoerd over de aan te wijzen deskundige om zich tot de rechter te kunnen wenden; het moment van indienen van het verzoekschrift; het huurprijsaanpassingsbeding en tot slot de bevoegdheid van de rechter al dan niet voorvragen te beantwoorden.

Bedoeling wetgever en rechtspraktijk

a. Bedoeling wetgever: gezamenlijke aanwijzing van de deskundige (art. 7:304 lid 1 BW)

Zoals in de inleiding kort aangestipt heeft de wetgever met dit verplichte deskundigenadvies willen voorkomen dat verhuurders en huurders (te) snel de gang naar de rechter¹⁵ maken met een vordering tot huurprijsaanpassing. De hoofdbedoeling was dat verhuurders en huurders eerst in onderhandeling treden naar aanleiding van een huurwaardeadvies om er zo mogelijk zonder rechterlijke inmenging uit komen. Een onnodig beroep op de rechter en ontlasting van de rechterlijke macht werd daarmee beoogd. Bijkomende bedoeling van de wetgever was dat de rechter, in de situatie dat het toch tot een huurprijsvaststellingprocedure (ex art. 7:303 BW) zou komen, gelijk voorzien was van voorlichting door een deskundige. Uit de Memorie van Toelichting blijkt echter dat de rechter niet gebonden is aan het huurwaardeadvies.¹⁶ Het te vragen deskundigenadvies betreft slechts een formaliteit waarvan het bewijs geen moeilijkheden mag opleveren.¹⁷ Tot slot zijn er ook geen eisen gesteld aan de deskundige: deze hoeft niet beëdigd te zijn. Partijen kunnen dus kiezen uit een deskundige uit de kring van de Bedrijfshuuradviescommissie (hierna: Bhac), een vastgoeddeskundige, een makelaar of een branchevertegenwoordiger. De wetgever hinkte met de invoering van deze ontvankelijkheids eis aldus op meerdere gedachten.

De bedoeling van de wetgever is dus geweest de rechterlijke macht te ontlasten doordat partijen in gezamenlijk overleg een deskundige aanwijzen; deze vervolgens zijn deskundigenrapport uitbrengt, waarna partijen het na onderhandeling onderling eens worden over een nieuwe herziene huurprijs.

8. M.F.A. Evers, *Huurrecht bedrijfsruimten*, achtste druk (Kluwer 2011), p. 164.

9. Motie van de 2e kamer van 28 november 1978.

10. Wet van 19 maart 1980 (*Stb.* 124) wetsontwerp 15.666.

11. Tot invoering van de wet van 31 januari 1991, *Stb.* 1991, 50 per 30 december 1991 werd de huurprijsaanpassingsprocedure ingeleid met een verzoekschrift. Vanaf 1992 betreft het een dagvaardingsprocedure.

12. Wetsvoorstel van 28 april 1995, 24.150 (Wet houdende wijziging van de bepalingen betreffende huur en verhuur).

13. Op 23 augustus 1999 werd het wetsvoorstel ingetrokken.

14. De huidige wetsbepalingen zijn per 1 augustus 2003 in werking getreden (*Stb.* 2003, 230), Dozy 2010, (T & C Huurrecht), Algemeen, aantekening 1.

15. De rechtbank, sector kanton is bevoegd om kennis te nemen van dit verzoek op grond van art. 93 sub c Rv.

16. MvT, *Kamerstukken II* 1999, 26 392, nr. 3, p. 9, NnavV, *Kamerstukken II* 2000/01, 26 932, nr. 5, p. 16-17.

17. *Kamerstukken II* 2000/01, 26 932, nr. 5, p. 16.

De rechtspraak bleek en blijkt evenwel weerbarstiger dan de theorie van de wetgever.

b. Rechtspraak: aanwijzing deskundige door de rechter (art. 7:304 BW lid 2 BW)

Al vrij snel na de invoering van art. 7:304 BW kwamen er kritische geluiden uit de rechtspraak dat de regeling tot tal van problemen leidde en maar beter kon worden afgeschaft.¹⁸ De regeling lokte eerder rechtzaken uit dan dat zij deze voorkwam.¹⁹ Geconstateerd kan worden dat er na 2003 de nodige beschikkingen zijn geweest op grond van art. 7:304 lid 2 BW, hetgeen er op duidt dat het door verhuurder en huurder gezamenlijk aanwijzen van een deskundige een grotere opgave is dan door de wetgever beoogd. De complicaties als door C.J.L.M. de Waal en F. van der Hoek in 2004 gesignaleerd in hun bijdrage²⁰ komen daar voor een deel in terug. Mede aan de hand van de rechtspraak zullen we de belangrijkste geschilpunten belichten.

Fixatie ingangsdatum herzieningshuur

Art. 7:304 lid 2, tweede zin biedt de mogelijkheid met het verzoekschrift de ingangsdatum van de herziene huurprijs te fixeren. Dit leidt tot 'oneigenlijk' gebruik van deze procedure. De ingangsdatum van de herziene huurprijs wordt normaal gesproken vastgesteld op de datum dat een vordering tot nadere huurprijsvaststelling is ingesteld in het kader van de procedure ex art. 7:303 BW.²¹ Wordt na jarenlang procederen een huurprijsverhoging vastgesteld dan geldt deze met terugwerkende kracht vanaf de gefixeerde ingangsdatum, zijnde datum van dagvaarding.

Met deze ingangsdatum wordt gelijkgesteld de datum waarop een verzoek tot aanwijzing van een deskundige is ingediend.²² Zoals hiervoor onder 3.a uiteengezet is de aanwijzingsprocedure bedoeld voor de situatie waarin het partijen niet gelukt is na onderhandeling gezamenlijk een deskundige aan te wijzen; hoge eisen worden echter niet gesteld aan het niet kunnen bereiken van overeenstemming over de aan te wijzen deskundige. Dit werkt oneigenlijk gebruik van de aanwijzingsprocedure in de hand: zonder dat partijen serieus geprobeerd hebben het eens te worden over een huurprijsherziening en/of de aanwijzing van de gezamenlijke deskundige, wordt een huurprijsaanpassingsprocedure ingeleid met het indienen van een verzoekschrift tot aanwijzing van een deskundige met als belangrijkste doel zo de ingangsdatum van de uiteindelijk vast te stellen gewijzigde huurprijs te fixeren. Onder andere door de fixatie van de ingangsdatum leidt de regeling juist tot meer procedures dan dat de rechterlijke macht door deze regeling wordt ontlast. Het is zoals de C.J.L.M. de Waal en F. van der Hoek²³ het in hun bijdrage hebben omschreven: 'De partij die een huurprijswijziging beoogt is immers een dief van eigen portemonnee als hij niet zo spoedig mogelijk een verzoek ex art. 7:304 lid 2 BW indient'.

Geen overeenstemming over de aan te wijzen deskundige?

Volgens de wet kan de rechter pas worden verzocht de deskundige aan te wijzen als partijen geen overeenstemming hebben kunnen bereiken over de benoeming van een deskundige. Logischerwijs zal de partij die de huurprijsaanpassing wenst, de wederpartij wel in ieder geval een deugdelijk voorstel tot huurprijsaanpassing moeten hebben gedaan.²⁴ Indien partijen echter geen zicht hebben op overeenstem-

ming over de gewijzigde huurprijs dan komt de deskundigenprocedure al snel in beeld. De vraag is gerechtvaardigd of de rechter wel kan worden verzocht een deskundige aan te wijzen als partijen geen behoorlijke poging hebben ondernomen overeenstemming over de aan te wijzen deskundige te bereiken.

Onder het oude recht²⁵ was een soortgelijke vraag aan de orde in het arrest van de Hoge Raad van 11 december 1998.²⁶ De vraag lag voor in hoeverre het voor het instellen van een vordering tot huurprijsaanpassing noodzakelijk was dat partijen vooraf overleg hadden gevoerd met elkaar en niet tot overeenstemming waren gekomen. In tegenstelling tot de kantonrechter en de rechtbank oordeelde de Hoge Raad dat het voeren van overleg geen ontvankelijkheidsvereiste is. Een vergelijkbaar oordeel gaf de kantonrechter te Amsterdam in zijn uitspraak van 2 november 2010.²⁷ De verhuurder diende een verzoek tot benoeming deskundige in. De huurder stelde dat de verhuurder niet-ontvankelijk diende te worden verklaard, nu er met hem geen overleg was gevoerd over de benoeming van een deskundige. De kantonrechter ging hier niet in mee en overwoog.²⁸

'Ofschoon uit deze bepalingen opgemaakt kan worden dat de wetgever ervan uitgaat dat partijen bij een huurovereenkomst van bedrijfsruimte als bedoeld in artikel 7:290 BW eerst onderling overleg plegen over de benoeming van een of meer deskundigen ter verkrijging van een advies als zij het over een nadere huurprijs niet eens kunnen worden, blijkt uit die bepalingen ook dat het ontbreken van een dergelijk overleg niet tot gevolg heeft dat een partij niet ontvankelijk is in haar verzoek tot benoeming van een of meer deskundigen teneinde een vordering tot nadere vaststelling van de huurprijs te kunnen instellen'...

18. C.J.L.M. de Waal en F. Van der Hoek, *WR, Tijdschrift voor Huurrecht*, 2004, 35, art. 7:304 BW: Nuttige verkeersdrempel of kostbare tolpoort? Het deskundigenadvies als ontvankelijkheidsvereiste bij de huurprijsvaststelling van bedrijfsruimte.

19. Zie noot 19, punt 6 van deze bijdrage.

20. Zie noot 19.

21. Uiteraard kunnen verhuurder en huurder voor de procedure op voorhand (schriftelijk) vastleggen met ingang van welke datum de herzieningsduur gaat gelden.

22. Kantonrechter Zutphen 26 februari 2009 *WR* 2009, 67.

23. Zie noot 19.

24. Hof 's-Hertogenbosch 11 januari 2005. *LJN* AS2622.

25. Het recht van voor 1 augustus 2003. Onder het oude recht was het systeem anders. De partij die huurprijsherziening verlangde kon direct tot dagvaarding overgaan. In de procedure werd de deskundige aangewezen. Er gold dus geen ontvankelijkheidsvereiste voor dagvaarding.

26. HR 11 december 1998, *NJ* 1999, 642 (Horewa/Schoenverkoop). Deze zaak speelde onder oud recht. Voor 2003 kon de partij die huurprijsaanpassing verlangde direct tot dagvaarding overgaan en werd in de procedure de deskundige aangewezen. Een ontvankelijkheidsvereiste was er derhalve niet.

27. Rechtbank Amsterdam, 2 november 2010, *LJN* BO8427.

28. R.o. 14.

De kantonrechter stelde op basis van de tussen partijen gevoerde correspondentie vast dat overeenstemming ontbrak en wees de Bhac als deskundige aan.

In de zaak die leidde tot het arrest van 7 september 2010²⁹ van het hof Arnhem lag een vergelijkbare vraag voor. De huurder stelde in die procedure dat partijen nimmer overleg hadden gevoerd over de benoeming van een deskundige. Verhuurder had slechts een voorstel over een nieuwe huurprijs gedaan, waarmee huurder niet akkoord was gegaan. Het hof achtte hiermee voldoende vast te staan dat er geen overeenstemming was bereikt over de aan te wijzen deskundige. Uit het feit dat huurder tijdens de onderhandelingen voorafgaand aan de procedure niet akkoord was gegaan met de door verhuurder voorgestelde nieuwe huurprijs, mocht verhuurder afleiden dat huurder evenmin akkoord zou gaan met het benoemen van een deskundige teneinde tot een nieuwe huurprijs te komen. Uit de omstandigheid dat huurder tijdens de procedure te kennen heeft gegeven alsnog in te stemmen met de benoeming van de Bhac als deskundige, kon volgens het hof eveneens worden afgeleid dat er kennelijk nog geen overeenstemming bestond over een aan te wijzen deskundige.

Anders dan in de hiervoor genoemde uitspraken was de kantonrechter te Middelburg enige jaren daarvoor kritischer. Hij oordeelde dat de procedure ex art. 7:304 lid 2 BW niet geschreven is om de ingangsdatum van de huurprijs te fixeren.³⁰ De huurder in kwestie diende een verzoekschrift ex art. 7:304 BW in. Ter zitting liet de verhuurder weten akkoord te gaan met de aanwijzing van de Bhac als voorgestelde deskundige. Huurder handhaafde echter zijn verzoek met de fixatie van de ingangsdatum van de vast te stellen herziene huurprijs als doel. De kantonrechter ging daar niet in mee. Hij oordeelde dat nu overeenstemming over de te benoemen deskundige bestond, niet was voldaan aan de voorwaarde en huurder niet-ontvankelijk diende te worden verklaard in zijn verzoek.³¹

Op basis van deze uitspraken kan geconcludeerd worden dat er geen hoge eisen worden gesteld aan het criterium 'geen overeenstemming over de aan te wijzen deskundige', zodat de verzoekende partij (uitzonderingen daargelaten) relatief snel ontvankelijk is in zijn verzoek.

Indienen vanaf welk moment?

Voor de rechtspraktijk is relevant te weten vanaf welk moment de huurder of verhuurder een verzoekschrift tot aanwijzing van een deskundige kan indienen. Meestal zal het verzoek pas worden ingediend kort voor (of na) de datum waarop huurprijsaanpassing kan worden geclaimd. Maar kan het ook ruim daarvoor? Hierover heeft de kantonrechter te Zutphen zich uitgelaten in 2009.³² De kantonrechter oordeelde dat verzoeker ruim twee jaar vóór het verstrijken van de contractstermijn³³ geen belang heeft bij het instellen van een huurprijsaanpassingsvordering en daarmee het aanwijzen van een deskundige. De aan te wijzen deskundige moet immers rapporteren over de referteperiode van vijf jaar teruggerekend vanaf de datum dat de contractstermijn zou verstrijken – waarover hieronder meer –, in dit geval vanaf maart 2011 teruggerekend tot maart 2006. Deze periode was op het moment van indienen van het verzoek in 2008 nog niet half verstreken, zodat de verzoekende partij bij gebrek aan belang niet-ontvankelijk werd verklaard in zijn verzoek. In dezelfde lijn oordeelde de kantonrechter te Rotterdam.³⁴ De kantonrechter beantwoordde eerst positief de (voor)

vraag dat er tussen partijen een nieuwe huurovereenkomst tot stand was gekomen. Op basis van deze nieuwe overeenkomst kon de huurprijs niet eerder dan per 1 augustus 2012 worden gewijzigd. Dit betekende dat een deskundige in 2010 bezwaarlijk onderzoek kon doen naar de huurprijs die overeen zou stemmen met de huurprijs van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse, die zou gelden per 1 augustus 2012. De kantonrechter oordeelde dat verhuurster in 2010 geen belang had bij het benoemen van een deskundige. Het verzoek werd voorbarig geacht en werd om die reden afgewezen. Uit deze uitspraken blijkt dat het zeer voortijdig indienen van een verzoekschrift tot aanwijzing van een deskundige zinloos is, omdat de referteperiode dan nog niet is verstreken en de deskundige zich nog geen oordeel kan vormen over het gemiddelde van de huurprijzen van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse over de aangewezen periode. Vermeld zij dat in het ROZ-model winkelruimte 2003 (in art. 9.2) en 2008 (in art. 20.2) een aanzegtermijn staat opgenomen die inhoudt dat de partij die huurprijsaanpassing wenst de andere partij hiervan uiterlijk zes maanden voorafgaand aan de datum waarop de huurprijsherziening zou moeten ingaan, in kennis stelt. Hierna proberen partijen overeenstemming te bereiken over de huurprijs en de aan te wijzen deskundige en kan zonodig een procedure ex art. 7:303 of 304 BW worden opgestart. Op deze aanzeggingstermijn wordt in de praktijk niet vaak een beroep gedaan. De vraag is wat de consequentie is van het niet in acht nemen van deze termijn, nu er geen sanctie staat op schending van de desbetreffende bepalingen. Met het oog op de wettelijke bescherming van huurders, lijkt het er op dat het niet tijdig aanzeggen van een voorgenomen huurprijsaanpassing in ieder geval voor huurders geen probleem zal opleveren.

Indienen tot welk moment?

In het verlengde van de in het vorige onderdeel behandelde vraag, is de vraag gerechtvaardigd of er een fatale termijn is gekoppeld aan de indiening van het verzoek. In de wettekst is een dergelijke termijn niet terug te vinden. In de praktijk geeft een contractueel huurprijsaanpassingsbeding soms aanleiding tot discussie over de vraag tot welk moment er gebruik kan worden gemaakt van de bevoegdheid tot huurprijsaanpassing³⁵ en de aanwijzing van deskundigen. Verhuurder wil hier doorgaans het liefst op ieder moment gebruik van kunnen maken, ook nadat de huurovereenkomst (voor bepaalde tijd) al is verlengd of vijf jaren zijn verstreken. Huurder heeft doorgaans baat bij een fatale termijn, omdat verhuurder na het verstrijken hiervan vijf jaar moet wachten op huurprijsaanpassing. In tijden van economische

29. Hof Arnhem 7 september 2010 *WR* 2010, 123.

30. Kantonrechter Middelburg 26 mei 2005, *WR* 2006 13.

31. Kantonrechter Middelburg 26 mei 2005, *WR* 2006 13, rechtsoverweging 10.

32. Kantonrechter Zutphen, 26 februari 2009, *WR* 2009, 67 (BP/Brekveld Beheer).

33. Eerst met ingang van deze datum kan huurprijsaanpassing worden verlangd.

34. Kantonrechter Rotterdam, 9 december 2010, *WR* 2011, 52.

35. A. Scholten en J. Tamminga, 'Huurprijsaanpassingsbedingen', *TvHB* 2010, nr. 4, p. 167-169. Opgemerkt zij dat de bijdrage met name zag op bedingen bij kantooruimte. Dit laat onverlet dat deze discussie ook bij art. 7: 290 BW bedrijfsruimte kan spelen.

crisis kunnen deze belangen echter omgekeerd zijn: huurder wil tijdens een recessie ook na het verstrijken van vijf jaar kunnen profiteren van de daling van de markthuur, terwijl verhuurder de bestaande huurprijs wil vasthouden. De jurisprudentie wijst uit dat een fatale termijn zeer duidelijk in een huurprijsaanpassingsbeding dient te worden geformuleerd om hier een beroep op te kunnen doen. Dit is ook weer bevestigd in een uitspraak van de rechtbank Arnhem van 14 oktober 2011.³⁶ In deze kwestie oordeelde de kantonrechter dat het ontbreken van een bepaling in de huurovereenkomst waarin stond dat de huurprijsaanpassing op elk willekeurig moment kon geschieden, niet tot het oordeel kon leiden dat er een fatale termijn was overeengekomen. Bij een onduidelijk geformuleerde termijn in een beding neigt de rechter al gauw naar een uitleg conform de wet. Zoals hierboven reeds gemeld, ontbreekt in de wet zo'n fatale termijn (art. 7:303 lid 1 BW).³⁷

Huurprijsaanpassingsbeding

Een verzoek tot huurprijsaanpassing wordt vaak niet met enthousiasme door de tegenpartij ontvangen. Verhuurder houdt vanzelfsprekend een relatief hoge huurprijs graag in stand. Hetzelfde geldt voor de huurder die relatief weinig huur betaalt. Dit mondt vaak uit in getouwtrek over de aan te wijzen deskundige.

Om geschillen over het aanwijzen van een deskundige te voorkomen wordt er vaker voor gekozen een huurprijsaanpassingsbeding in de huurovereenkomst op te nemen. In dit beding staat de procedure tot gezamenlijke aanwijzing van een deskundige beschreven. Veelvoorkomend is een beding waarin ieder der partijen een deskundige aandraagt die vervolgens gezamenlijk een derde deskundige aanwijzen. Om discussie zoveel mogelijk uit te bannen komt het ook voor dat een deskundige instantie wordt aangewezen die in voorkomende gevallen zal optreden.

In de algemene ROZ-bepalingen huurovereenkomst winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van 7:290 BW³⁸ staat een huurbeding opgenomen waarin beide partijen een deskundige aanwijzen. Deze deskundigen wijzen vervolgens samen een derde deskundige aan die gezamenlijk adviseren. Wanneer partijen vervolgens geen overeenstemming bereiken over het gevolgde advies, staat de weg naar de kantonrechter open. Dit beding wijkt af van de wettelijke bepaling in art. 7:304 BW. Wanneer een dergelijk beding in de praktijk nadelig voor huurder uitpakt, kan hij de vernietigbaarheid hiervan invoeren. Ook zou huurder kunnen aanvoeren dat de benoeming van een deskundige op grond van een huurprijsaanpassingsbeding in een concreet geval onredelijk bezwarend is als bedoeld in art. 6:231 e.v. BW.³⁹

In het geschil waarover de rechtbank, sector kanton, 's-Gravenhage d.d. 9 mei 2010, *WR* 2010/111 zich uitsprak waren de oude algemene ROZ-bepalingen uit 1994⁴⁰ met een soortgelijk huurbeding van toepassing. Verhuurder en huurder hadden echter de Bhac gezamenlijk om advies over de huurprijs gevraagd. Dit advies pakte qua huurprijs ongunstig voor huurder uit.

De vraag was wat de status van een dergelijk advies was. Verhuurder stelde dat het advies van de Bhac bindend was, terwijl huurder van mening was dat dit advies slechts een houvast bij onderhandelingen over de huurprijs bood en, indien partijen er niet uit zouden komen, diende als entreebewijs voor een huurprijsaanpassing bij de kantonrechter. De kantonrechter oordeelde dat dit advies van de Bhac niet bin-

dend was. Tussen partijen gold immers het huurbeding. Dit huurbeding was niet door huurder vernietigd. Daar de huurprijs niet op de voorgeschreven wijze middels een advies door drie deskundigen tot stand was gekomen, werd verhuurder niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek.

In de hiervoor reeds behandelde uitspraak van de rechtbank Arnhem d.d. 14 oktober 2011 (*LJN* BU7586) had verhuurder kritiek op de huurprijs die door een taxateur op grond van het huurbeding was vastgesteld. De kantonrechter oordeelde dat het door de taxateur opgestelde taxatierapport een bindend advies over de huurprijs bevatte. Dit rapport was immers conform het huurbeding in de huurovereenkomst tot stand gekomen en verhuurder had geen beroep op vernietigbaarheid in de zin van art. 7:904 BW⁴¹ gedaan.

Noodzaak tot beantwoording voorvragen?

Bij een verzoekschriftprocedure tot aanwijzing van een deskundige op grond van art. 7:304 BW speelt in de praktijk de vraag in hoeverre een rechter voorafgaand aan het aanwijzen van een deskundige al dan niet mag of moet ingaan op andere geschilpunten die tussen partijen spelen. Zo kan bijvoorbeeld de (kwalificatie)vraag leven of er wel sprake is van art. 290-bedrijfsruimte en of –in het verlengde daarvan– wel de juiste huurprijsaanpassingsprocedure wordt gevolgd; in geschil kan zijn of de tijd rijp is voor een huurprijsherziening (in die zin dat de overeengekomen duur van de huurovereenkomst al verstreken is). Ook kunnen partijen bijvoorbeeld twisten over de vraag of partijen van de wetgeving afwijkende afspraken hebben gemaakt over huurprijsaanpassing.

Omdat de procedure tot aanwijzing van een deskundige vrij eenvoudig is, kan men zich afvragen of het de bedoeling van de wetgever is geweest dat de rechter in deze voorfase dieper op onderliggende geschilpunten in gaat. Gesteld zou kunnen worden dat de behandeling van dergelijke voorvragen buiten het toepassingsgebied van art. 7:304 BW valt. Voordeel van het beantwoorden van voorvragen is echter dat er na de aanwijzingsprocedure van de deskundige niet nog een bodemprocedure hoeft te worden gevoerd die mogelijk uiteindelijk niet tot huurprijsaanpassing leidt. Uit proceseconomische overwegingen kan het nuttig zijn voorvragen in de verzoekschriftprocedure direct te beantwoorden.

Bij de schorsingsprocedure ex art. 7:230a BW⁴² speelde een vergelijkbare discussie. Nadat een aantal kantonrechters⁴³ aanvankelijk stelde dat de beantwoording van voorvra-

36. Kantonrechter Arnhem 14 oktober 2011, *LJN* BU7586.

37. G.J.J. Nijsten, 'Huurprijswijziging Winkelruimte, Hoe deskundig is de deskundige', *TvHB* 2010, nr. 2, p. 61-63.

38. ROZ 2008 art. 20.3.

39. *Kamerstukken II* 2000/01, 26 932, nr. 5, p. 16.

40. ROZ 1994 art. 4.3.

41. Een beslissing van een derde in strijd met redelijkheid en billijkheid in het kader van de vaststellingsovereenkomst.

42. Voorheen art. 28d Huurwet.

43. O.a. kantonrechter Amsterdam, 11 april 2000, *WR* 2001/27 en kantonrechter Amsterdam 5 februari 2001, *WR* 2001, 28. In beide zaken oordeelde de rechter dat de rechtsgeldigheid van een huuropzegging en ontruimingsaanzegging respectievelijk kwalificatievraag niet in de verzoekschriftprocedure konden worden behandeld. Voor een beslissing op deze voorvragen dienden de huurder(s) volgens de rechter een separate bodemprocedure te starten.

gen niet thuishoorde in de schorsingsprocedure ex art. 28 d Huurwet (oud)⁴⁴ trad een kentering op. Inmiddels is het vaste rechtspraak dat opgeworpen voorvragen in die procedure dienen te worden beslist.⁴⁵

Het kan voor de partij die zich tegen huurprijsherziening verzet, zinvol zijn eventuele voorvragen in de procedure ex art. 7:304 BW op te werpen. Uit enkele beschikkingen lijkt te volgen dat de rechter zich doorgaans terughoudend opstelt bij het beantwoorden van deze voorvragen en zich beperkt tot kwalificatievraagstukken. In de uitspraken van het hof 's-Hertogenbosch⁴⁶ van 9 januari 2009 en het hof Amsterdam⁴⁷ van 12 juni 2008 wordt de bevoegdheid van de rechter bij het beantwoorden van voorvragen zeer beperkt uitgelegd. Volgens het hof Amsterdam kunnen alleen voorvragen worden beantwoord wanneer buiten iedere twijfel staat dat de huurprijsverhoging na beantwoording van die voorvraag - in die procedure de vraag of de overeengekomen duur in de huurovereenkomst al verstreken was - niet toewijsbaar is. Volgens het hof 's-Hertogenbosch moet er sprake zijn van een rechtens relevante noodzaak of een verlangen van beide partijen om in te gaan op dergelijke discussiepunten.⁴⁸ Het niet beantwoorden van voorvragen kan een zeer onpraktische uitwerking hebben. Zo kan een deskundige worden aangewezen, terwijl in een daaropvolgende langslepende huurprijsaanpassingsprocedure bijvoorbeeld vastgesteld wordt dat er door partijen afwijkende afspraken over huurprijsherziening zijn gemaakt en de gevorderde huurprijsaanpassing geen doorgang kan vinden. Op de beide uitspraken van de hoven is vanuit de rechtspraak kritiek geuit.⁴⁹ Zolang de Hoge Raad zich echter nog niet expliciet heeft uitgelaten over de vraag of, en zo ja welke voorvragen door de rechter in de procedure ex art. 7:304 BW dienen te worden beantwoord, zullen er verschillende uitkomsten mogelijk zijn.

Met betrekking tot kwalificatievragen, bijv. de stelling van de huurder dat er sprake is van de huur van kantoorruimte i.p.v. 290 BW- bedrijfsruimte, ontkomt de rechter er ons inziens niet aan - al was het maar om proceseconomische overwegingen - deze te beantwoorden in de procedure ex art. 7:304 BW. Een oordeel over het toepasselijke huurregime, is immers van wezenlijk belang om vast te stellen of het zin heeft een huurprijsaanpassingsprocedure volgens art. 7:303 (en 304) BW te volgen. Met betrekking tot andere voorvragen kan het zo zijn dat de rechter onder omstandigheden gronden heeft partijen hiervoor te verwijzen naar de eigenlijke huurprijswijzigingsprocedure, gezien het oorspronkelijke karakter van de procedure ex art. 7:304 BW, te weten een eenvoudige verzoekschriftprocedure.

4. De eigenlijke huurprijswijzigingsbepaling: art. 7:303 BW

Art. 7:303 BW luidt als volgt.

1. Zowel de huurder als de verhuurder kunnen vorderen dat de rechter de huurprijs, zo deze niet overeenstemt met die van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse, nader zal vaststellen:
 - a. indien de overeenkomst voor bepaalde tijd geldt, na afloop van de overeengekomen duur;
 - b. in alle andere gevallen, telkens wanneer tenminste vijf jaar zijn verstreken sinds de dag waarop de laatste door partijen vastgestelde huurprijs is ingegaan of waarop de laatste door de rechter vastgestelde huur-

prijs is gevorderd.

2. Bij de nadere vaststelling van de huurprijs let de rechter op het gemiddelde van de huurprijzen van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse, die zich hebben voorgedaan in een tijdvak van vijf jaren voorafgaande aan de dag van het instellen van de vordering. Iedere aldus in de vergelijking te betrekken huurprijs wordt herleid volgens de algemene ontwikkeling van het prijspeil sinds de dag waarop die huurprijs gold tot aan die van het instellen van de vordering. Zo het niet mogelijk is de rechter de voor de toepassing van deze maatstaf benodigde gegevens te verschaffen, maakt de rechter een schatting aan de hand van de wel te zijner beschikking staande gegevens, waarbij hij die maatstaf zoveel mogelijk als richtsnoer bezigt.

3. De rechter wijst een vordering tot verhoging van de huurprijs af, voor zover deze is gegrond op verbeteringen van het gehuurde, die op kosten van de huurder zijn aangebracht.

4. Indien de rechter de huurprijs nader vaststelt, geldt deze met ingang van de dag waarop deze is gevorderd, tenzij hij op vordering van een der partijen op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval een andere ingangsdatum vaststelt. Hij kan daarbij tevens bepalen dat de huurprijs gedurende een door hem vast te stellen termijn van ten hoogste vijf jaren geleidelijk zal worden aangepast.

Zoals in de inleiding al uiteengezet is art. 7:303 BW de eigenlijke huurprijswijzigingsbepaling. Dit artikel bepaalt de momenten in de rechtsverhouding tussen verhuurder en huurder waarop huurprijsherziening kan worden gevraagd. Dit is bij een huurovereenkomst voor bepaalde tijd mogelijk na afloop van de overeengekomen duur (lid 1 sub a) en in alle andere gevallen vijf jaar nadat de laatste huurprijsaanpassing heeft plaatsgevonden (lid 1 sub b). De leden 2 en 3 vermelden de criteria die gelden bij het nader vaststellen van de huurprijs: de rechter let bij de nadere vaststelling van de huurprijs op het gemiddelde van de huurprijzen van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse die zich over een tijdvak van vijf jaren voorafgaand aan de dag van het instellen van de vordering hebben voorgedaan. Lid 4 regelt de (geleidelijke) ingangsdatum van de aangepaste huurprijs.

Momenten waarop huurprijsaanpassing kan worden gevorderd

a. Na afloop van de overeengekomen duur (7:303 lid 1 sub a BW)

Allereerst kan de rechter na afloop van de overeengekomen duur de huurprijs nader vaststellen. Onder duur dient te wor-

44. Thans art. 7:230a BW.

45. HR 14 juli 2000, NJ 2000/ 715 (PAS).

46. Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2009, WR 2009/47

47. Hof Amsterdam 12 juni 2008, WR 2008/122 met nt. A.G.A. van Rappard.

48. M. van Heeren, TvHB 2009, nr. 6, Voorvragen in verzoekschriftprocedure. Juridisch mogelijk en wenselijk?

49. O.a. M. van Heeren in zijn onder noot 49 genoemde bijdrage. Hij spreekt de hoop uit dat de beide uitspraken geen navolging zullen krijgen.

den verstaan de duur waarvoor de overeenkomst oorspronkelijk is aangegaan. De nader overeengekomen duur door gebruikmaking van een huuroptie telt niet mee. Het hof Arnhem⁵⁰ oordeelde in 2010 in het verlengde hiervan dat uit de wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur volgt dat onder ‘overeengekomen duur’ in de zin van art. 7:303 lid 1 sub a BW dient te worden verstaan de duur waarvoor de overeenkomst oorspronkelijk is aangegaan, dat wil zeggen zonder een eventuele mogelijkheid tot verlenging door gebruikmaking van een optie mee te rekenen. Bij gebruikmaking van een dergelijk optierecht tot verlenging kan huurprijsaanpassing plaatsvinden na het verstrijken van de oorspronkelijk overeengekomen duur.

Eveneens wordt onder bepaalde duur begrepen de overeenkomst aangegaan voor de duur van twee jaar of korter (ex art. 7:301 BW).⁵¹ Dat brengt met zich mee dat na ommekeer van deze kortlopende overeengekomen duur huurprijsaanpassing kan worden gevorderd.

Indien verhuurder en huurder een huurovereenkomst aangaan voor de duur van twintig jaar, dan kan pas na ommekeer van deze termijn, zijnde de overeengekomen duur, huurprijsaanpassing worden gevorderd. Het feit dat partijen een breekoptie hebben opgenomen, maakt dit niet anders. In een zaak waarbij partijen een huurovereenkomst voor duur van 25 jaar waren aangegaan onder opname van een breekoptie voor de huurder, oordeelde zowel de kantonrechter als het hof dat onder de overeengekomen duur werd verstaan 25 jaar. De verhuurder kon derhalve pas na verloop van 25 jaar huurprijswijziging verlangen.⁵²

b. In andere gevallen: art. 7:303 lid 1 sub b BW

Het tweede moment waarop huurprijsaanpassing kan worden gevorderd is neergelegd in lid 1 sub b. Telkens wanneer tenminste vijf jaar zijn verstreken sinds de dag waarop de laatste door partijen vastgestelde huurprijs is ingegaan of waarop de laatste door de rechter vastgestelde huurprijs is gevorderd, is het eveneens mogelijk huurprijsaanpassing te verlangen. Deze bepaling is meestal van toepassing wanneer de huurovereenkomst al geruime tijd duurt en na ommekeer van de vijf + vijfjaarstermijn voor onbepaalde tijd is voortgezet.

Partijen realiseren zich in de praktijk onvoldoende dat tussentijdse afspraken terzake de huurprijs (en de wijziging van de huurovereenkomst) gevolgen kunnen hebben voor de datum waarop huurprijsaanpassing kan worden gevorderd. Een mooi voorbeeld daarvan is de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 1 februari 2008⁵³ (Borst/Kamphuis). De huurder in kwestie verlangde huurprijsverlaging in 1998 op basis van de huurovereenkomst uit 1993. Het feit dat partijen in 1996 tussentijdse nieuwe afspraken hadden gemaakt terzake de huurprijs en de omvang van het gehuurde⁵⁴, leidde tot het oordeel dat Kamphuis eerst in 2001 huurprijsaanpassing kon verlangen. De doorgevoerde aanpassingen in het contract waren in de ogen van de Hoge Raad niet van verwaarloosbare betekenis.

Tot een andere afweging en oordeel kwam de voorzieningenrechter van de rechtbank 's Gravenhage eind 2011.⁵⁵ Centraal stond de vraag of er tussen verhuurder en huurder per 1 maart 2010 een nieuwe huurovereenkomst tot stand was gekomen. Zou dat het geval zijn, dan zou huurder met een huurprijsaanpassingsprocedure moeten wachten tot 1 maart 2015. De huurovereenkomst per 1 maart 2010 was qua tekst nagenoeg gelijk aan de oude huurover-

eenkomst van 1 september 2006. Alleen de ingangsdatum en datum van ondertekening verschilden. Ook de huurprijs van 2006 was hetzelfde gebleven. De overeengekomen indexering was sinds 2006 achterwege gelaten. Feitelijk was het gehuurde object iets uitgebreid en was er isolatieglas aan de zijkant van het gehuurde aangebracht. Hierover werd in de huurovereenkomst per 1 maart 2010 echter niet gerept. De voorzieningenrechter concludeerde dat in essentie de huurprijs was verlaagd. Deze verlaging was volgens de voorzieningenrechter van verwaarloosbare betekenis in de zin van het arrest van de Hoge Raad d.d. 1 februari 2008, *NJ* 2008, 84. Nu het creëren van een nieuwe huurbeschermingsperiode door partijen niet was beoogd, was er van een nieuwe huurovereenkomst volgens de voorzieningenrechter daarom geen sprake. Dit had als gevolg dat huurder met het oog op de oorspronkelijke overeengekomen duur een huurprijsaanpassingsprocedure mocht beginnen en niet behoefde te wachten tot 2015.

Tot eenzelfde conclusie kwam de kantonrechter te Zwolle in een beschikking van 19 april 2012.⁵⁶ Verhuurder verzocht om benoeming van een deskundige in verband met het opstellen van het deskundigenadvies nu er sedert 1 januari 2007 (laatste aanpassing) vijf jaren waren verstreken en hij huurprijsaanpassing verlangde per 1 januari 2012. Huurder stelde echter dat in 2010 een nieuwe huurprijs was overeengekomen. Gezien de afspraak in 2010 was er een nieuwe termijn aangevangen en had verhuurder geen belang bij dit deskundigenadvies; er werd derhalve een aanvraag opgeworpen.⁵⁷ De kantonrechter oordeelde echter met verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 1 februari 2008, dat de beperkte vermindering van het gehuurde van nog geen 5 vierkante meter en de daarmee samenhangende huurprijsvermindering van ‘verwaarloosbare betekenis’ was. De rechter overwoog dat gelet hierop verhuurder huurprijsaanpassing kon verlangen. De deskundige werd aangewezen. Hoewel de uitkomst in deze drie uitspraken verschillend is, blijkt dat partijen op hun hoede dienen te zijn indien zij tussentijds wijzigingen aanbrengen in de huurovereenkomst. Indien de wijzigingen in de overeenkomst niet van verwaarloosbare betekenis zijn, bijvoorbeeld aanzienlijke uitbreiding van het gehuurde oppervlak (al dan niet in samenhang met een aangepaste huurprijs), dan kan dit leiden tot de aan-

50. Hof Arnhem 7 september 2010, *WR* 2010/123.

51. *Kamerstukken II* 2000/01, 26 932, nr. 5, p. 14.

52. Kantonrechter Utrecht 8 april 2008, *WR* 2008/105 en hof Amsterdam 16 december 2008, *WR* 2009, 32. Zie voor commentaar op deze uitspraak *TvHB* 2008, nr. 3, p. 107-109.

53. HR 1 februari 2008, *NJ* 2008, 84. Zie voor uitgebreid commentaar op dit arrest *TvHB* 2008, nr. 2, p. 60-61.

54. In casu verkreeg Kamphuis het gebruik van een terras erbij, werd de bovenwoning als bedrijfsruimte bestemd en werd de huurprijs iets verhoogd.

55. Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage 23 november 2011 (*LJN* BV7059).

56. Kantonrechter Zwolle 19 april 2012, zaaknummer 588805 HA VERZ 12-1, nog niet gepubliceerd.

57. Deze uitspraak is tevens interessant nu de kantonrechter in afwijking van het hof 's Hertogenbosch (zie noot 49) na een uitgebreide weergave van de wetgeschiedenis oordeelt dat uitgangspunt dient te zijn dat voorvragen in de procedure ex art. 7: 304 BW beantwoord kunnen worden. Dit

name van nieuwe termijnen en heeft dit gevolgen voor het moment waarop huurprijsaanpassing kan worden gevorderd.

c. Afwijkingen van art. 7:303 BW ten gunste van de huurder

In het verlengde van de hiervoor genoemde tijdstippen waarop huurprijsaanpassing kan worden gevorderd, kan het arrest van de Hoge Raad van 28 mei 2010⁵⁸ (Momus II/De Leeuw) niet onvermeld blijven. De Leeuw verhuurde Momus⁵⁹ een horecabedrijfspannd aan het Vrijthof te Maastricht. In de huurovereenkomst uit 1984 was een huurtermijn opgenomen van 20 jaar. Deze termijn werd vervolgens verlengd met 10 jaren. Tijdens de eerste huurperiode werd tussen verhuurder en huurder overeengekomen dat de huurprijs gedurende de verlenging – indien er van die verlenging gebruik zou worden gemaakt – maar beperkt kon worden verhoogd. Hiermee werd dus ten gunste van huurder afgeweken van art. 7:303 BW. De discussie in deze casus ging hoofdzakelijk over de toepasselijkheid van oude en nieuwe huurrechtbepalingen. Afspraken omtrent beperking van de huurprijsaanpassing na verlenging waren onder het oude recht tot stand gekomen. Onder de oude wettelijke regeling waren alle met de toenmalige huurprijsregeling⁶⁰ strijdige bedingen nietig, waardoor zowel verhuurder als huurder een beroep op nietigheid van de bepaling kon doen. De Hoge Raad stelde echter vast dat art. 7:303 BW op grond van het overgangsrecht onmiddellijke werking heeft en dus van toepassing is op de vordering die na inwerkingtreding van deze bepaling is ingesteld. Hierdoor geldt dat de bepalingen in de huurovereenkomst die afwijken van de semi-dwingendrechtelijke bepalingen in Afdeling 6, Titel 4 van Boek 7 alleen door huurder vernietigbaar zijn. Alleen huurder kan immers gelet op het semi-dwingendrechtelijke karakter van deze bepalingen een beroep doen op de vernietigbaarheid (art. 7:291 BW).

Een verhuurder dient zich er derhalve bewust van te zijn dat hem niet-conveniërende afspraken met betrekking tot de huurprijs, die niet ten nadele van de huurder zijn, onder het huidige recht geldig zijn en mogelijk in de weg kunnen staan aan een vordering tot huurprijsaanpassing.

Criterion: 'vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse'

Wat is nu vergelijkbare bedrijfsruimte in de zin der wet (art. 7:303 lid 2 BW)? De wetgever heeft hier geen invulling aan gegeven, maar dit zeer bewust aan de rechter overgelaten.⁶¹ In de wet zijn geen criteria opgenomen. Wel kan uit de toelichting op de wetgeschiedenis⁶² worden gedistilleerd met welke omstandigheden een rechter rekening dient te houden in het kader van de vergelijkbaarheid. De rechter dient rekening te houden met de ligging, grootte, indeling en kwaliteit van de bedrijfsruimte en de voorzieningen in en om de bedrijfsruimte.

Ook het begrip 'ter plaatse' is niet nauwkeurig omschreven. Ter plaatse kan hetzelfde winkelcentrum zijn, maar dat hoeft niet. Het gaat niet om een bepaalde plaats of stad. Huydecoper vat het criterium in zijn conclusie onder *NJ* 2008, 84 (Borst/Kamphuis) als volgt samen: 'zodanig ten opzichte van het gehuurde gelegen dat aannemelijk is dat daar vergelijkbare omstandigheden de huurvorming bepalen'.⁶³

In de regel wordt bij vergelijkbare bedrijfsruimte met name gekeken naar de bouwkundige vergelijkbaarheid, de ligging en gebruiksmogelijkheden. De contractuele bestemming van het gehuurde mag geen rol spelen, zo blijkt uit wetgeschiedenis⁶⁴. De vraag of een pand vergelijkbaar is, dient telkens

afzonderlijk te worden vastgesteld aan de hand van de bijzondere omstandigheden van het geval. In de praktijk speelt met name de ligging een grote rol. Zo zal bij een huurprijswijziging van een winkelruimte op een A-1 locatie een vergelijkingspand gelegen in een rustige zijstraat niet snel als vergelijkbaar worden aangemerkt. Eventueel kan, indien een pand in een rustigere straat als vergelijkingspand in aanmerking wordt genomen, een correctiefactor worden toegepast.⁶⁵

Bij de berekening van de gemiddelde huurprijzen van de vergelijkingspanden wordt meestal uitgegaan van de gemiddelde huurprijs per vierkante meter. De vierkante meters worden vergelijkbaar gemaakt door de bouwkundige kenmerken als standkwaliteit- en ligging, de frontbreedte en de panddiepte te waarderen ten opzichte van het huurobject waarover de huurprijsaanpassing gaat.⁶⁶ Aan het slot van onderdeel 4 wordt onder 'verschillende rekenmethodieken' verder ingegaan op de meest voorkomende in de praktijk gehanteerde rekenmethodes.

Objectieve maatstaf versus subjectieve omstandigheden

Op grond van de wet stelt de rechter de huurprijs vast. De gemiddelde huurprijs van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse is de maatstaf aan de hand waarvan de huurprijsvaststelling plaatsvindt. Uit oudere rechtspraak⁶⁷ valt af te leiden dat hier gaat om een objectieve maatstaf: de oorspronkelijk bij aanvang van de huurovereenkomst overeengekomen huurprijs speelt geen rol bij de vaststelling van de nieuwe huurprijs.

Uit de arresten Gamba/Mespan I en II⁶⁸ volgt dat dit uitgangspunt is verfijnd. Het maakt namelijk verschil of de huurprijsaanpassing in het kader van verlenging van de huurovereenkomst is gebaseerd op de wet; in die situatie zal getoetst moeten worden aan een objectieve maatstaf. Voor zover een huurprijsaanpassing echter gebaseerd is op een contractuele verlenging, is niet uitgesloten dat de rechter op grond van bijzondere omstandigheden van deze regel afwijkt door rekening te houden 'met de wijze van totstandkoming van het door partijen omtrent de huurprijs overeen-

blijkt uit r.o. 6.10 en 6.11 van de beschikking.

58. Hoge Raad 28 mei 2010, *NJ* 2010, 300.

59. Blijkens het arrest (r.o. 3.1) was Momus in 1999 bij wege van indeplaatsstelling huurder van het pand geworden.

60. Art. 7A:1632a BW (oud): 'Ongeacht enig andersluidend beding'.

61. H.E.M. Vrolijk, Handboek Huurrecht art. 7:303 BW aantekening 52.

62. *Kamerstukken II* 2000/01, 26.932, nr. 5, p. 13 (NnavV).

63. Zie noot 54.

64. Aldus *Kamerstukken II* 1979/80 15.566, nr 5 (MvA), p. 6.

65. Zie bijv. kantonrechter Leeuwarden 3 september 1992, *Praktijkids* 1992, 3768.

66. Aldus M.S. Benistant 'Metten met twee maten', *Tijdschrift voor procespraktijk* 2010-2, p. 56.

67. Ondermeer HR 15 juli 1986 *NJ* 1987, 20 (American Discount/Allianz) en HR 6 november 1992, *NJ* 1993, 578 (Meriën/Haveman).

68. Dit betrof de arresten van HR 13 oktober 1989 (Gamba/Mespan I) en HR 26 februari 1993, *NJ* 1993, 318 (Gamba/Mespan II).

gekome (HR 13 oktober 1989, *NJ* 1990, 494).⁶⁹ Bij een contractuele verlenging zou het feit dat een huurder een lage huur betaalt, omdat hij daartegenover fors heeft geïnvesteerd in het gehuurde als bijzondere omstandigheid van invloed kunnen zijn op de uiteindelijk door de rechter vast te stellen huurprijs; subjectieve omstandigheden spelen dan mogelijk een rol. Indien echter in exact dezelfde situatie verlenging plaatsvindt op grond van de wet dan heeft de rechter deze bevoegdheid niet en speelt de oorspronkelijke huurovereenkomst geen rol. Dit verschil is niet per se begrijpelijk en logisch.

Eén gemiddelde huurprijs en referentieperiode

De verschillende huurprijzen van de vergelijkbare bedrijfsruimten worden herleid tot één gemiddelde huurprijs. Het is niet zo dat per vergelijkingspand een herleide huurprijs wordt bepaald. Een vergelijkingspand dat gedurende de referentieperiode maar 30 maanden verhuurd is geweest telt in het totaal minder mee dan een pand dat gedurende de volle vijf jaar van de referentieperiode verhuurd is geweest. Blijkens de tweede zin van art. 7:303 lid 2 BW dienen de te vergelijken huurprijzen te worden herleid tot het prijspeil van de datum waarop de vordering tot huurprijsaanpassing is ingesteld. Evers⁷⁰ geeft op heldere wijze weer welke rekenkundige exercitie nodig is om tot een correct berekende huurprijs op basis van het wettelijk criterium te komen. In meerdere procedures was in geschil of de rechter (nog) rekening mag houden met de ontwikkeling van het huurprijsspeil, sedert het einde van de referentieperiode tot de dag waarop de huurprijswijziging is vastgesteld. Het hof Amsterdam oordeelde in een arrest van 21 april 2009 (*WR* 2010,10) dat het feit dat na de afloop van de referentieperiode (dus na datum dagvaarding huurprijsvaststelling) een nieuw bestemmingsplan was vastgesteld, niet mocht worden meegewogen. De huurder in kwestie betoogde tevergeefs dat het bestemmingsplan een lagere huurprijs rechtvaardigde en de vaststelling van het bestemmingsplan diende te worden verdisconteerd in de door de rechter vast te stellen huurprijs. Dit kan anders liggen indien de toekomstige ontwikkelingen al van invloed zijn op het huurprijsniveau ten tijde van de peildatum; in die situatie kan er wel aanleiding zijn voor een correctie.⁷¹ Onze indruk is dat deze laatste uitspraak een uitzondering betreft die de regel bevestigt. Normalerwijs zal de ontwikkeling van het prijspeil na afloop van de referentieperiode niet meer worden meegewogen in het oordeel van de rechter terzake de vast te stellen huurprijs.

Art. 7:303 lid 2 BW strekt ertoe de referentieperiode (van vijf jaar) aan te laten sluiten bij de ingangsdatum van de nieuw door de rechter vast te stellen huurprijs.⁷² In het geval de ingangsdatum van de nieuwe huurprijs niet samenvalt met de datum van dagvaarding, maar op een later tijdstip, strookt het met de strekking van de wet de referentieperiode ook bij die latere ingangsdatum te laten aansluiten (HR 10 oktober 2008, *NJ* 2008, 540). In dit licht zij er nog op gewezen dat gezien de fixatie van art. 7:304 lid 2 BW (zie paragraaf 3 hiervoor) in vele gevallen de ingangsdatum van de gewijzigde huurprijs samenvalt met de datum waarop het verzoek aanwijzing deskundige is ingediend.⁷³

Beoordelingsvrijheid rechter

De rechter heeft een grote vrijheid bij de beoordeling van wat vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse is. Pogingen bij

de totstandkoming van de wet om een nadere precisering mee te geven aan de rechter zijn op niets uitgelopen.⁷⁴ De voorlichting door deskundigen aan de rechter speelt een belangrijke rol bij de totstandkoming van de uiteindelijk vast te stellen huurprijs door de rechter in de procedure, waarover hierna meer. Het vereiste huurwaarde-advies op voet van art. 7:304 BW kan – mits gebaseerd op het wettelijk criterium – als deskundigenadvies dienen. Indien het huurwaarde-advies ex art. 7:304 BW echter niet voldoet, dan kan de rechter het advies terzijde leggen en opnieuw een deskundige of meerdere deskundigen aanwijzen op de voet van art. 194 e.v. Rv.⁷⁵ Zoals onder 3.a van deze bijdrage al uiteengezet, is de rechter in de eigenlijke huurprijswijzigingsprocedure niet gebonden aan het eerdere huurwaarde-advies. De rechtspraak leert dat er veel discussie plaatsvindt over de in aanmerking genomen vergelijkingspanden, de toepasselijke waarderingsmethodieken, door de huurder aangebrachte verbeteringen etc.⁷⁶ Telkenmale komt hier de grote beoordelingsvrijheid voor de rechter in terug. Een mooi recent voorbeeld is het arrest van Hoge Raad van 5 maart 2010 (*LJN* BK9631). Het hof Amsterdam stelde voorafgaand aan het arrest van de Hoge Raad in een huurprijswijzigingsprocedure de huurprijs van een pand hoger vast dan de kantonrechter in eerste aanleg had gedaan. Het hof deed dit in navolging van een nader advies van de bedrijfshuuradviescommissie. Uit bezwaar van verhuurder was namelijk gebleken dat een van de vergelijkingspanden een seksclub betrof en daarmee geen 290-bedrijfsruimte was. Het hof sloot dit vergelijkingspand na onderzoek buiten beschou-

69. Ontleend aan H.E.M. Vrolijk, *Handboek Huurrecht* art. 7: 303 BW, aantekening 72.

70. M.F.A. Evers, *Huurrecht bedrijfsruimten*, achtste druk (Kluwer 2011), p. 193-199.

71. Aldus kantonrechter Haarlem 26 mei 2010, *WR* 2010, 99. Dit betrof een situatie waarbij het gehuurde nog niet was gerenoveerd ten tijde van de peildatum. Wel waren er in het winkelcentrum al verbeteringen aangebracht, terwijl vaststond dat het winkelcentrum binnen een half jaar na peildatum grootschalig zou zijn uitgebreid. Dit rechtvaardigde in de visie van de kantonrechter een opwaardering correctie van de huren van de vergelijkingspanden.

72. Rossel 2010 (T & C Huurrecht), art. 7: 303 BW, aantekening 6.

73. Wel dient voor ogen te worden gehouden dat de nieuwe huurprijs nimmer in kan gaan vóór het tijdstip waarvoor de oude huurprijs geldt, zie Rossel 2010 (T & C Huurrecht), art. 7: 303 BW, aantekening 9. Een voorbeeld ter verduidelijking: de eerste bepaalde termijn van de huur loopt af op 1 mei 2012. Verhuurder wenst aanpassing van de huurprijs. Partijen worden het niet eens over de aan te wijzen deskundige waarop verhuurder op 10 april 2012 een verzoekschrift ex art. 7:304 BW indient. Naar de letter van de wet wordt deze datum gelijkgesteld met de datum van dagvaarding. Indien het later tot een procedure komt, kan de rechter de gewijzigde huurprijs op zijn vroegst vaststellen met ingang van 1 mei 2012 (niet voordat de nieuwe huurperiode is ingegaan).

74. Uitgebreid hierover M.F.A. Evers, *Huurrecht bedrijfsruimten*, achtste druk (Kluwer 2011), p. 178-180.

75. Verwezen zij naar noot 18.

76. Voor een uitgebreide beschouwing zie mr. G.,M. Kerpestein, 'De valkuil van de huurprijs', *TvHB* 2007, p 154-161.

wing te laten en baseerde zijn eindoordeel bij gebrek aan alternatieven op de vier overgebleven vergelijkingspanden. Huurder ging hiertegen in cassatie. Het cassatieberoep werd verworpen met een beroep op art. 81 R.O. A-G mr. Huydecoper betoogde in zijn conclusie bij dit arrest dat het hof correct had gehandeld. Volgens Huydecoper heeft een rechter aanzienlijke beoordelingsvrijheid bij het vaststellen van de huurprijs. Dit gelet op het feitelijke karakter van de beoordeling en de grote variëteit aan (feitelijke) factoren en aspecten die bij de bepaling van de huurprijs van invloed kunnen zijn.⁷⁷ De rechter mag gedurende de procedure van koers veranderen en afwijken van een eerdere tussenbeslissing. Hij hoeft dit niet nader te motiveren.

In een andere procedure bij het hof Amsterdam d.d. 14 september 2010 (*LJN* BO527) beklaagde de huurder van een garagecomplex zich over de huurprijs zoals deze was vastgesteld door de bedrijfshuuradviescommissie. De Bhac had in haar vergelijking van het gehuurde met vijf panden twee panden betrokken, waarvan de huurder en verhuurder tot hetzelfde concern behoorden. Huurder meende dat hierdoor de huurprijs van die panden aan een vrije ontwikkeling van het huurprijsniveau onttrokken was geweest. Hierdoor zouden de panden niet bij de vergelijking mogen worden betrokken. De kantonrechter en het hof volgden de huurder hierin niet. Volgens beide instanties mocht men er in beginsel van uit gaan dat de huurprijs binnen een concern om bedrijfseconomische en fiscale redenen ook op zakelijke gronden tot stand komt. Met deze twee vergelijkingspanden mocht dus ook worden vergeleken. Het bezwaar dat de huurder opwierp is in de rechtspraak eerder aan de orde gesteld met wisselend succes.⁷⁸

Art. 7:303 lid 3: verbeteringen door de huurder aangebracht

Een huurprijsverhoging kan niet worden toegewezen, wanneer deze gegrond is op verbeteringen die huurder zelf heeft aangebracht (art. 7:303 lid 3 BW). Dit artikellid maakt dat verhuurder er baat bij heeft verbeteringen in het verhuurde voor eigen rekening aan te brengen en deze in een aangepaste huurprijs aan huurder door te belasten. Zo houdt verhuurder controle op de aard en kwaliteit van de verbeteringen en zorgt hij er voor dat hij er zelf na het einde van de huur ook nog wat aan heeft. Belangrijker nog is dat de weg van een huurprijsaanpassing open blijft staan met als bijkomend voordeel dat een doorgevoerde huurprijsaanpassing in stand blijft, ook nadat de waarde van de aangebrachte verbeteringen al is afgeschreven.

Art. 7:303 lid 4 BW ingangsdatum vast stellen huurprijs en geleidelijke aanpassing

De hoofdregel is dat de door de rechter vast te stellen huurprijs geldt met ingang van de dag waarop zij is gevorderd. Onder bijzondere omstandigheden kan de rechter een andere datum vaststellen. Dit kan een eerdere datum zijn, bijvoorbeeld in de situatie dat een der partijen de procedure bewust heeft vertraagd. Afwijking van de hoofdregel mag de rechter slechts bij hoge uitzondering toepassen, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis.⁷⁹

Daarenboven heeft de rechter de bevoegdheid om ter voorkoming van een schoksgewijze huurprijsaanpassing, deze geleidelijk te laten ingaan. De bedoeling van de wetgever duidt er op dat de rechter deze bevoegdheid alleen heeft bij huurverhogingen en niet bij huurprijsverlagingen. In

een procedure bij de kantonrechter te Utrecht 22 december 2010, (*LJN* BP2410) maakte de rechter gebruik van deze bevoegdheid. De nieuw vast te stellen huurprijs op basis van het wettelijk criterium leidde tot een verdubbeling van de oorspronkelijke huurprijs. Huurder toonde aan dat deze verdubbeling voor zijn onderneming moeilijk op te brengen zou zijn en mogelijk tot een deconfiture zou kunnen leiden. De kantonrechter maakte onder deze omstandigheden gebruik van de bevoegdheid op grond van art. 303 lid 4 BW een geleidelijke huurprijsaanpassing gedurende een periode van vier jaar vast te stellen. In de rechtspraak komt deze geleidelijke huurprijsaanpassing zelden voor.

Bepaling huurwaarde

Minimale vereisten deskundigenadvies

Naar vaste rechtspraak mogen de door de rechter bij de vergelijking betrokken bedrijfsruimten niet 'anoniem' zijn.⁸⁰ Noemenswaardig in dit kader is de uitspraak van de kantonrechter Alkmaar van 29 december 2010 (*LJN* BP1021). Deze rechter wijst de deskundige op de vereisten die aan een advies worden gesteld, alsmede op het belang dat verifieerbaar is waar de deskundige zijn advies op baseert. De deskundige moet in zijn advies de exacte ligging en de overige voor de identificatie van de vergelijkingspanden van belang zijnde gegevens opnemen en mag geen anonieme vergelijkingspanden opvoeren.

Verskillende rekenmethodieken

Hieronder volgen enkele algemeenheden over variabelen die de huurwaarde bepalen. Wat betreft de puibreedte wordt verondersteld dat de huurprijs toeneemt naarmate de pui breder is. Dit gaat uit van de gedachte dat een brede winkelpui meer kans biedt de potentiële koper naar binnen te lokken en uiteindelijk meer omzet te genereren. Uitgangspunt is dat dieper vanaf het front van een winkelruimte gelegen vierkante meters minder worden bezocht en dus minder waard zijn. Dit geldt ook voor etages die niet op de begane grond zijn gelegen. Tot slot geldt dat de gemiddelde huurprijs lager is naarmate de oppervlakte van een winkelruimte groter is.

77. Aldus J.L.R.A. Huydecoper onder punt 9 van zijn Conclusie bij dit arrest.

78. Belemmering vrije marktontwikkeling: HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 788 m. Nt P. Stein (gem. Utrecht Trapman). De gemeente Utrecht was monopolist bij de verhuur van tankstations. In een huurprijsgeschil achtte de rechtbank de huurprijzen van overige tankstations in Utrecht aan de vrije marktwerking onttrokken, zodat elders vergelijkingsobjecten dienden te worden gezocht, welk oordeel de Hoge Raad in stand liet. Geen belemmering vrije marktontwikkeling: zie kantonrechter Haarlem 2 maart 2005, *WR* 2005. In deze zaak werd bij een huurprijsaanpassingsgeschil betreffende de Bazaar in Beverwijk ondanks monopoliepositie van de verhuurder geen belemmering van de vrije marktontwikkeling van huurprijzen aangenomen gezien de omvang van het complex. Een vergelijkbare beslissing is te lezen in hof Amsterdam 24 februari 2009, *TvHB* 2009, 6.

79. NnavV, *Kamerstukken II* 2000/01, 26 932, nr. 5, p. 15.

80. HR 27 maart 1987, *NJ* 1988, 130 De Samenwerking/Geerings.

In het streven naar een objectieve vaststelling van de huurwaarde zijn er verschillende methodes, zoals de methode van de functionele correctie, de methode van de puibreedtefactor en de ITZA-methode. In deze bijdrage wordt deze laatste methode behandeld⁸¹ tezamen met de richtlijnen die door de Bhac worden gehanteerd.

De ITZA-methode (naar het Engelse 'In terms of Zone A') wordt als de meest gangbare methode gezien. Bij deze methode wordt gebruikgemaakt van verschillende zones in een bedrijfspand, waarbij er van uit wordt gegaan dat de vierkante meters voorin een winkel meer waard zijn dan bijvoorbeeld de vierkante meters in het magazijn. Meer dan andere gehanteerde methodes houdt de ITZA-methode rekening met variabelen als de puibreedte, diepte en oppervlakte van het pand. Vooral in gevallen waarin het moeilijk is geschikte vergelijkingspanden te vinden, kan deze methode uitkomst bieden. In de regel wordt – afhankelijk van de puibreedte de eerste 10 of 20 meter van het pand aangemerkt als zone A. De dieper in het pand gelegen ruimte krijgen de waardering met B,C of D, waarbij procentueel wordt toegerekend naar de zone A. Deze zones waardeert men dan op een percentage van bijv. 75 % , 50 % of 25 % van zone A. Op basis hiervan wordt een 'herleide' vierkante meterprijs becijferd.

De Bhac 's werken veelal eveneens met een (intern) systeem waarbij de diverse ruimtes van een winkelpand worden gewaardeerd. Bij de vergelijkingspanden vindt een waardering plaats op basis van percentages, hetgeen overeenkomsten vertoont met de ITZA-methode. De primaire winkelruimte wordt dan bijv. gewaardeerd op 100 %, winkelruimte in het souterrain op de 1e verdieping op 75 of 50%. Secundaire ruimtes, zoals opslagruimtes en de kelder op 25 of 12,5 % of zelfs nog lager. Op basis hiervan wordt de herleide vierkante meterprijs becijferd. Bij bijzonder goede ligging van een winkelpand kan een (opwaarts) correctiepercentage worden toegepast van 10 % of bij mindere ligging -10 %. Het is in hoge mate aan de deskundigen overgelaten welke percentages zij in concrete situatie toepassen.

Over het algemeen stellen rechters in huurprijsaanpassingsprocedures geen hoge eisen aan de motivering van de deskundigenadviezen. In deskundigenadviezen wordt veelal niet duidelijk gekozen voor een bepaalde methode in relatie tot de hierboven genoemde huurwaardevariabelen.⁸² Er wordt deskundigen doorgaans een grote beoordelingsvrijheid toegekend waarbij ruimte is voor schatting en intuïtie.⁸³ Dit komt de objectieve meetbaarheid van de door de deskundige geadviseerde huurprijs niet ten goede.

5. Varia

Wettelijke handelsrente na huurprijsaanpassing

Nu de huurprijsvaststelling door de rechter veelal later – vaak enige jaren – na datum dagvaarding plaatsvindt en de huurprijs met terugwerkende kracht wordt aangepast, is de vraag gerechtvaardigd of over deze 'achterstallige' huurpenningen c.q. teveel betaalde huur (in geval van een neerwaartse bijstelling) rente is verschuldigd. In een recente bijdrage in TvHB kwalificeert prof. mr. C.A. Adriaansens⁸⁴ de verhuur van bedrijfsruimte als dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn. Hiervan uitgaande is het op grond van art. 6:119a BW mogelijk wettelijke handelsrente te vorderen over de te veel (of te weinig) betaalde huurpenningen, zowel in geval van opwaartse als neerwaartse marktconforme huurprijsaanpassingen in de zin van art. 7:303 BW. Een ver-

huurder of huurder kan met terugwerkende kracht wettelijke handelsrente vorderen over de te veel of te weinig betaalde huur vanaf de ingangsdatum van de herziene huur tot het moment van betaling van de verhoging of verlaging.⁸⁵ Wel is het nog geen uitgemaakte zaak of een huurder die te veel heeft betaald, deze rente ook krijgt toegewezen. Immers, de grondslag voor zijn vordering is onverschuldigde betaling, zodat niet zeker is dat op basis hiervan de wettelijke rente over het teveel betaalde huur met terugwerkende kracht kan worden toegewezen.

Gelet op het wettelijk systeem van de middenstandbedrijfsruimte, waar de huurder wordt beschermd, zou het wel merkwaardig zijn indien de verhuurder bij een huurprijshoging wel de wettelijke handelsrente kan claimen met terugwerkende kracht, terwijl een huurder, die met succes een huurprijsverlaging heeft bewerkstelligd daar geen aanspraak op zou kunnen maken.

Huurprijsaanpassing bijzondere objecten en omzet-huur

Bij normale winkelruimte zal aan de hand van de herleide huurprijs van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse over de referentieperiode huurprijsvaststelling plaatsvinden. Aan de hand van het aantal vierkante meters en de waardering van zones daarbinnen, wordt de herziene huurprijs bepaald. Bij a-typische bedrijfsruimten voldoet deze maatstaf echter niet. In 2009 boog het hof 's-Gravenhage zich over een huurprijsaanpassing van een tankstation.⁸⁶ Mede op grond van de in de wet neergelegde schattingsmogelijkheid⁸⁷ voor

-
81. Een uitgebreid overzicht en toelichting van de diverse berekeningsmethodes (de functionele correctie, de overallmethode, puibreedtefactor en ITZA-methode) is te lezen in B. Poolman, M. van der Nol en B. Bakker 'huurprijsherzieningen de praktijk', *TvHB* 2006-3, p. 77-81.
 82. G.G.M. ten Have, 'Huurprijbeïnvloedende variabelen van een detailhandelspand', *TvHB* 2005, nr. 6, p.192-201.
 83. HR 20 oktober 1989, *NJ* 1989, 898.
 84. C.A. Adriaansens, 'Huurprijzen bedrijfsruimte en wettelijke handelsrente', *TvHB* 2011, nr. 6.
 85. Let wel: deze mogelijkheid geldt voor huurovereenkomsten die zijn ingegaan ná 8 augustus 2002, de datum waarop art. 6:119a BW inwerking is getreden.
 86. Hof 's-Gravenhage 31 maart 2009, *LJN* BI2140. Voor een uitgebreide beschouwing van dit arrest, zie M.S. Benistant, 'Met en met twee maten?'. Een evaluatie van de thans gebruikte huurprijsherziening van benzinstations, *Tijdschrift voor procespraktijk* 2010-2, p 56-59 en J.P.H. Jacobs, 'Huurprijsaanpassing bij tankstations: een nieuwe maatstaf?', *TvHB* 2009-6, p 225-229.
 87. Art. 7: 303 lid 2, derde zin bepaalt: '*Zo het niet mogelijk is de rechter de voor de toepassing van deze maatstaf benodigde gegevens te verschaffen, maakt de rechter een schatting aan de hand van de wel ter beschikking staande gegevens, waarbij hij die maatstaf zoveel mogelijk als richtsnoer bezigt*'. In de zaak die leidde tot HR 23 februari 1993, *NJ* 1993, 579 (Elzinga/Miedema) had de rechter bij gebrek aan bruikbaar vergelijksmateriaal een door de Bhac beredeneerd advies uitgebracht dat de wettelijke maatstaf zo goed mogelijk benaderde. Het geschil tussen Miedema (huurder) en Elzinga (verhuurder) betrof eveneens de huurprijsvaststelling van een tankstation.

de rechter oordeelde het hof dat bij de vergelijking van tankstations in het kader van een huurprijsvaststelling primair gekeken moet worden naar de omzet (de potentiële winstgevendheid) van het tankstation.⁸⁸ Van minder belang was volgens het hof de ligging (in of buiten de bebouwde kom) van het tankstation. In afwijking van de kantonrechter⁸⁹ die in deze casus een omzethuur vaststelde, stelde het hof de huurprijs vast op een vast bedrag van € 75.000,00 per jaar te vermeerderen met indexatie. De huurder stelde tevergeefs casatieberoep in bij de Hoge Raad. Dit rechtscollege verwierp bij arrest het beroep van huurder waarbij – kort gezegd – werd geoordeeld dat de feitenrechter een eigen beoordelingsvrijheid heeft om in afwijking van het deskundigenrapport schattenderwijs de huurprijs vast te stellen zoals door het hof gedaan.⁹⁰

De hiervoor behandelde beoordelingsvrijheid van de rechter bij de huurprijsvaststelling komt ook hier weer boven drijven. Tevens laat dit arrest het spanningsveld zien van een tussen partijen overeengekomen omzethuur en het wettelijk systeem van art. 7:303 BW. Vanuit de literatuur is meermaals geconstateerd dat art. 7:303 BW slecht verenigbaar is met een tussen partijen afgesproken omzethuur.^{91,92} Als partijen een omzethuur afspreken dan ontstaan problemen bij de huurprijsherziening, nu de wettelijke maatstaf van 7:303 BW niet is afgestemd op omzethuren. De rechter heeft de mogelijkheid om een vaste huurprijs vast te stellen en is niet verplicht om in lijn met de aanvankelijke afspraak tussen partijen opnieuw een omzethuur vast te stellen.

Op termijn lijkt een wetswijziging noodzakelijk waarbij de omzethuur expliciet wordt verwerkt en opgenomen in art. 7:303 BW. Dit geldt temeer nu de omzethuur een instrument is dat zeker voordelen heeft en kan leiden tot goed functionerende winkelcentra.⁹³ Er is een taak weggelegd voor de wetgever om deze leemte op te vullen en partijen die een omzethuur overeenkomen meer houvast te bieden bij eventuele huurprijsherzieningen.

6. Ontwikkelingen in de markt: markthuur versus herzieningshuur

Het vorige onderdeel brengt ons op de ontwikkelingen in de markt. Er is vanuit de markt de nodige kritiek op de huidige rechtspraktijk dat de herzieningshuurprijzen al te zeer afwijken van markthuurprijzen. De markthuur ligt over het algemeen veel hoger dan de herzieningshuur.⁹⁴ Dit komt door het dempende effect van de referteperiode die bij het vergelijken van huurprijzen van bedrijfsruimte ter plaatse dient te worden aangehouden. Dat dempende effect vindt vooral zijn oorzaak in de relatief lage huurprijzen van oude huurovereenkomsten die in de vergelijking kunnen worden betrokken. Vanuit de commerciële vastgoedbranche wordt ervoor gepleit huurovereenkomsten met een looptijd van langer dan 10 jaar uit te sluiten van de referte om dit dempende effect te verminderen.⁹⁵

Tevens wordt gesignaleerd dat als gevolg van dit verschil in markthuur en herzieningshuur de huurindeplaatsstelling en onderhuur door huurders veel gebruikte instrumenten zijn om de relatief lage herzieningshuren vast te houden. Immers, wordt met de huurindeplaatsstelling en onderhuur voorkomen dat verhuurder het object vrij op de markt aan kan bieden tegen de markthuur. Verhuurder dient zich te houden aan de bestaande huurovereenkomst met beperkte mogelijkheden de huurprijs tussentijds aan te passen.

7. Overwegingen en samenvatting

Overwegingen

De huidige wettelijke regeling ter zake de huurprijsaanpassing winkelruimte is voor een belangrijk deel afgeleid van de regeling zoals die begin jaren zeventig van de vorige eeuw is ontworpen. De mogelijkheid tot huurprijsaanpassing werd aanvankelijk ten behoeve van de verhuurder in het leven geroepen als tegenhanger van de huurbescherming. Dit leidde tot aanzienlijke huurprijsstijgingen. De invoering van de referteperiode had een dempend effect op deze huurprijsstijgingen na huurprijsaanpassing.

Geconstateerd kan worden dat er momenteel een groot contrast bestaat tussen de markthuur en de herzieningshuur, waardoor de vraag rijst of de huidige wettelijke regeling anno 2012 nog wel voldoet. Gesignaleerd wordt dat het wettelijk criterium waarbij wordt gekeken naar vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse gedurende de referteperiode van vijf jaar in ieder geval niet toegesneden is op de huurprijsaanpassing van omzethuur. Hierdoor is de huurprijsaanpassing van omzethuur aan de beoordelingsvrijheid en schatting van rechters overgelaten. De wettelijke regeling zou op dit punt moeten worden uitgebreid.

Een ander kritiekpunt is dat de regeling in art. 7:304 BW waarbij de ingangsdatum van de huurprijs middels een verzoekschriftprocedure tot aanwijzing van een deskundige wordt gefixeerd, eerder tot meer dan tot minder procedures leidt dan met de regeling is beoogd. De vraag is of de huuringangsdatum niet op een andere manier – zoals middels een aangetekende brief van de partij die huurprijsaanpassing wenst – kan worden vastgelegd. Ook op dit punt zou een aanpassing van wettelijke regeling op zijn plaats zijn.

Samenvatting

De eigenlijke huurprijsaanpassing is geregeld in art. 7:303 BW. Voordat de eigenlijke huurprijsaanpassing kan worden aangevangen, dienen partijen echter op grond van art. 7:304 BW eerst overleg te voeren over de aan te passen huurprijs en daartoe gezamenlijk een deskundige aan te wijzen. Met dit ontvankelijkheidsvereiste heeft de wetgever willen voorkomen dat partijen al te snel de gang naar de rechter maken. Uit de rechtspraak blijkt dat er geen hoge eisen worden gesteld aan het voeren van overleg. Komen partijen er on-

88. Gerechtshof 's-Gravenhage 31 maart 2009, *LJN* BI2140, rov. 5.

89. De kantonrechter stelde de huur vast op 0,7 eurocent per liter in lijn met het rapport van de Bhac.

90. Zie conclusie J.L.R.A. Huydecoper bij dit arrest onder overweging nr. 30.

91. Zie W. Raas: 'Het hoe en waarom van omzethuur (en waarom wetswijziging nodig is)', *TvHB* 2010-1, p. 4-9, alsmede de bijdrage van mr. Benistant, zie noot 65.

92. Aldus bijdrage W. Raas: 'Het hoe en waarom van omzethuur (en waarom wetswijziging nodig is)', *TvHB* 2010-1, p. 9.

93. Zie noot 92 en noot 67.

94. Daarentegen is de tendens dat markthuren op A1-locaties in algemene zin stabiliseren, terwijl herzieningshuren nog enigszins stijgen als gevolg van de referteperiode.

95. DTZ Zadelhoff op 21 maart 2012 in 'Grip op de zaak' huurprijsherziening bij winkelvastgoed.

derling met het aanwijzen van een deskundige niet uit, dan kunnen zij zich middels een verzoekschriftprocedure tot de kantonrechter wenden om een deskundige aan te wijzen. Met een dergelijke verzoekschriftprocedure leggen partijen meteen de ingangsdatum van de aan te passen huurprijs vast. Deze fixatie van de ingangsdatum leidt in de praktijk tot on- eigenlijk gebruik van deze procedure. Partijen dienen een verzoekschrift tot aanwijzing van een deskundige in met als eigenlijke doel de ingangsdatum van de aan te passen huur vast te leggen en in een vroeg stadium te kunnen profiteren van een huurprijsaanpassing.

Wat betreft de momenten in de huurverhouding waarop het indienen van een verzoekschrift tot aanwijzing van een deskundige mogelijk is, het volgende. Een dergelijk verzoek is in de praktijk zinloos (ruim) voordat de vijfjarige referentieperiode waarin de vergelijking met andere bedrijfspanden wordt gemaakt, is verstreken. Aangenomen mag worden dat er geen fatale termijn is voor het doen van een verzoekschrift na het voorbijgaan van de momenten in de huurverhouding die art. 7:303 BW aanwijst, tenzij een fatale termijn voor huurprijsaanpassing nadrukkelijk in de huurovereenkomst is overeengekomen. Een punt van discussie is in hoeverre de eenvoudige verzoekschriftprocedure ex art. 7:304 BW zich leent voor het beantwoorden van aanvragen. Hoewel rechters zich soms wagen aan andere geschilpunten tussen partijen, beperken zij zich in de praktijk doorgaans tot het beantwoorden van kwalificatievraagstukken.

De huurprijs komt op grond van art. 7:303 BW op de volgende momenten voor herziening in aanmerking: 1) na afloop van de overeengekomen duur, waarbij verlengingsopties niet worden meegerekend en er geen acht dient te worden geslagen op breekopties in de huurovereenkomst; en 2) in andere gevallen telkens wanneer tenminste vijf jaar zijn verstreken na de vorige huurprijsaanpassing. Men dient er op bedacht te zijn dat tussentijdse afspraken die van invloed zijn op de huurprijs gevolgen kunnen hebben voor het moment waarop de huurprijs kan worden aangepast.

Bij het bepalen van de herzieningshuur kijkt de rechter naar de gemiddelde huurprijs van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse. Wat 'vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse' is heeft de wetgever bewust aan de rechter overgelaten. Er zijn in de wetgeschiedenis wel aanwijzingen te vinden hoe de begrippen 'vergelijkbaar' en 'ter plaatse' kunnen worden ingevuld. De rechter is hier verder vrij in. Hij mag het deskundigenadvies naast zich neerleggen. De rechter heeft daarnaast de ruimte de datum van de huurprijsaanpassing onder bijzondere omstandigheden eerder of later in te laten gaan. Ook kan de rechter de huurprijsaanpassing geleidelijk laten invoeren.

Apart en niet per se logisch is dat in de rechtspraak is bepaald dat een huurprijsaanpassing die gebaseerd is op een wettelijke verlenging aan een objectieve maatstaf wordt getoetst. Dit houdt in dat de oorspronkelijke huurprijs geen rol speelt bij de vaststelling van de nieuwe huurprijs. Bij een *contractuele* verlenging geldt echter dat er wel rekening wordt gehouden met hetgeen door partijen omtrent de huurprijs overeengekomen is.

Over de referentieperiode van vijf jaar wordt één gemiddelde huurprijs vastgesteld van de verschillende huurprijzen van de vergelijkbare bedrijfsruimten. Er wordt rekening gehouden met het aantal maanden dat een vergelijkingspand verhuurd is geweest. Ontwikkelingen van het huurprijspeil die ná het einde van de referentieperiode hebben plaatsge-

vonden dienen buiten beschouwing te worden gelaten. De referentieperiode sluit naar de strekking van de wet aan bij de ingangsdatum van de herziene huurprijs ook als deze -om wat voor redenen dan ook- later is ingegaan.

Verbeteringen in het gehuurde die door huurder zijn aangebracht kunnen niet leiden tot huurprijsherziening. Dit is voor verhuurders een drijfveer verbeteringen voor eigen rekening te nemen, zodat de weg naar huurprijsaanpassing ook na afschrijving van de waarde van de verbeteringen begaanbaar blijft.

De door deskundigen gekozen vergelijkingspanden dienen naar rechtspraak voldoende bepaalbaar en verifieerbaar te zijn. Aan de motivatie van door deskundigen gekozen rekenmethodes in relatie tot verschillende huurvariabelen stellen rechters echter doorgaans geen hoge eisen. Ook deskundigen hebben hierin een grote beoordelingvrijheid waarbij ruimte is voor schatting en intuïtie.

Aangenomen kan worden dat een verhuurder of huurder met terugwerkende kracht vanaf de ingangsdatum van de herziene huur, wettelijke handelsrente kan vorderen over de huurprijsaanpassing.

Bij bedrijfsruimten als tankstations, waarbij omzethuur is afgesproken, voldoet de wettelijke maatstaf bij huurprijsherziening niet. Bij een vordering tot huurprijsaanpassing mag de rechter een vaste huurprijs in plaats van een omzethuur vaststellen. De rechter heeft hierbij opnieuw een grote beoordelingsvrijheid. Een wetswijziging waarbij omzethuur expliciet wordt opgenomen in art. 7:303 BW lijkt noodzakelijk.

Om twee andere redenen is het naar onze mening verstandig de huidige wettelijke regeling onder de loep te nemen. In de praktijk blijkt de herzieningshuur sterk af te wijken van de markthuur, waardoor de huidige regeling niet aan de huidige praktijk lijkt te voldoen. Tot slot zou een wetswijziging op zijn plaats zijn waardoor de ingangsdatum van de huurprijsherziening op een andere manier wordt vastgelegd dan door middel van het indienen van een verzoekschrift tot aanwijzing van een deskundige ex art. 7:304 BW. Doel hiervan is te voorkomen dat partijen onnodig een procedure opstarten en daarmee het gerechtelijke apparaat belasten.