

eigendom is van huurder, is er geen sprake van connexiteit en gaat het beroep op het 'Fietsenstallingsarrest' niet op. Het gehuurde kwalificeert derhalve niet als een bedrijfsruimte ex art. 7:290 BW.

### Hof

*De publiekrechtelijke rechtspersoon gemeente Alphen aan den Rijn*, zetelende te Alphen aan den Rijn, verzoekster in hoger beroep, hierna te noemen: de Gemeente, advocaat: mr. M.F. Mesu-Abbeker te 's-Gravenhage

tegen

*Johannes Petrus Cornelis Heemskerk*, verweerder in hoger beroep, hierna te noemen: Heemskerk, advocaat: mrs. N. Eeken en R. de Vries te Amsterdam

### Beoordeling van het hoger beroep

1.1 Het gaat in deze zaak om het volgende.

1.2 Heemskerk is eigenaar van een perceel grond aan de Willem de Zwijgerlaan 27-29 te Alphen aan den Rijn, kadastraal bekend gemeente Oudshoorn, sectie C, nummer 7458 (hierna: perceel-7458). Op de grond bevinden zich een autobedrijf, inclusief een showroom, en een tankshop.

1.3 De Gemeente is eigenaar van twee - direct aan perceel-7458 grenzende - percelen grond aan de Willem de Zwijgerlaan, kadastraal bekend gemeente Oudshoorn, sectie C, nummer 7726 (hierna: perceel-7726) en nummer 8122 (hierna: perceel-8122).

1.4 Een rechtsvoorgangster van Heemskerk, Autobedrijf Hans Heems-Veld B.V., huurde sedert 1 januari 1997 van de Gemeente een gedeelte van perceel-8122, dat ongeveer 420 m<sup>2</sup> groot is. Op de grond bevinden zich onder meer pompeilanden. De huurovereenkomst, die is aangegaan voor de periode van 1 januari 1997 tot 31 augustus 2007, luidt, voor zover hier van belang als volgt:

'2 Als huurprijs is verschuldigd:

a. f 5.928,- per jaar voor de in huur uitgegeven grond, berekend over de in huur uitgegeven grond minus de pompeilanden,

f 0,02208 voor iedere door middel van geplaatste c.q. te plaatsen afleveringsinstallaties aan de consument verkochte hoeveelheden motorbrandstof.

(...)

11 a Het gehuurde mag uitsluitend worden gebruikt voor het oprichten, hebben en gebruiken van een installatie voor de verkoop van motorbrandstoffen vaten of andere materialen mogen op het verhuurde niet worden opgeslagen

(...)

16 Gedurende het bestaan van deze overeenkomst is het huurster toegestaan het verhuurde geheel of gedeeltelijk te onderverhuren; het geheel of gedeeltelijk aan een ander in gebruik geven van het verhuurde is huurster slechts toegestaan na vooraf verkregen schriftelijke toestemming van burgemeester en wethouders; huurster blijft te allen tijde voor de richtige naleving van de in dit contract vermelde voorwaarden aansprakelijk.'

1.5 In verband met de uitbreiding van de showroom en de verplaatsing van de pompeilanden en van de inrit is het gehuurde op basis van een nieuwe huurovereenkomst tussen (een andere rechtsvoorgangster van) Heemskerk (namelijk Autobedrijf Hans Heemskerk B.V.) en de Gemeente vergroot tot een oppervlakte van ongeveer 502 m<sup>2</sup>. Dit betreft een gedeelte van de percelen-7726 en -8122. Deze huurovereen-

## 22. Hof 's-Gravenhage

27 oktober 2008 (ng)

Gemeente Alphen aan den Rijn / Heemskerk

Hoger beroep van Kantonrechter Alphen aan den Rijn 28 april 2009, *TvHB* 2009, 9)

### Samenvatting

Huurder is de juridisch eigenaar van een perceel grond waarop een tankshop is gevestigd. Huurder huurt een onbebouwde onroerende zaak welke direct is gelegen naast het perceel met de tankshop. Tussen partijen staat vast dat het gehuurde uitsluitend bestemd is om te worden gebruikt voor het oprichten, hebben en gebruiken van een installatie voor de verkoop van motorbrandstoffen. De tankshop kwalificeert niet als een bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW bedrijfsruimte, nu deze in eigendom toebehoort aan huurder. De door huurder gehuurde percelen kunnen dan ook niet worden aangemerkt als 'de bij het een en ander behorende grond' in de zin van 7:290 lid 3 BW. Omdat de tankshop in

komst is aangegaan voor de periode van 1 oktober 1997 tot 31 augustus 2007. Het hiervoor aangehaalde art. 2, sub a en sub b, is in gelijkkluidende bewoordingen opgenomen in de nieuwe huurovereenkomst in art. 3, sub a en b, met dien verstande dat de huurprijs onder a is verhoogd van f 7.265,00 per jaar. Art. 11, sub a, en art. 16 zijn woordelijk overgenomen in art. 12, sub a, respectievelijk art. 17.

1.6 Heemskerk heeft de Gemeente bij brief van 26 augustus 2002 medegedeeld dat hij het autobedrijf heeft verkocht. Verder heeft Heemskerk het volgende verzoek voorgelegd aan de Gemeente.

‘Ter zake van de huur van een tweetal stukken grond bij u, willen wij u vragen deze over te zetten op privénaam van de ondergetekende, omdat het pand eigendom blijft en vanuit privé verhuurd gaat worden en de B.V. eventueel opgeheven kan worden.’

1.7 De Gemeente heeft bij brief d.d. 21 maart 2003 voorgesteld de tenaamstelling van de huurovereenkomst te wijzigen en in die van (de huidige huurder) Heemskerk, onder het voorbehoud van formele bestuurlijke goedkeuring.

1.8 Bij brief van 16 april 2003 heeft Heemskerk het volgende verzoek aan de Gemeente voorgelegd:

‘Op grond van de (aangepaste) overeenkomsten verzoek ik u hierbij nog formeel toestemming te verlenen voor de onderverhuur ex (...) art. 17 van de overeenkomst 29 september 1997. Overeenkomstig de aanvraag ga ik er van uit dat u akkoord gaat met de onderverhuur op basis van de daarvoor geldende regelgeving ex art. 1624 van het burgerlijk wetboek’.

1.9 De Gemeente heeft bij brief van 14 augustus 2003 aan Heemskerk onder meer het volgende medegedeeld:

‘Onder het voorbehoud van formele bestuurlijke goedkeuring, stellen wij u voor de met u gesloten huurovereenkomsten als volgt aan te passen.

(...)

Overeenkomst van verhuur en huur, getekend op 29 september 1997, ingaande 1 oktober 1997 en eindigend op 31 augustus 2007, inzake de verhuur van de gemeente aan Autobedrijf Hans Heemsveld van een perceel grond, gelegen aan de Willem de Zwijgerlaan alhier, ter grootte van ongeveer 502 m<sup>2</sup>,

De tenaamstelling wordt gewijzigd als hierboven is aangegeven, (...)

(...) Art. 10a komt als volgt te luiden: Autobedrijf Hans Heemskerk B.V. is hoofdelijk aansprakelijk voor de juiste nakoming van de verplichtingen welke uit deze overeenkomst voor de huurder voortvloeien. Autobedrijf Hans Heemskerk B.V. mag derhalve niet worden opgeheven alvorens de gemeente hierin wordt gekend.

Art. 17 wordt gewijzigd en komt thans als volgt te luiden: Gedurende het bestaan van deze overeenkomst is het huurder, na schriftelijke verkregen toestemming van de gemeente, toegestaan het verhuurde geheel of gedeeltelijk aan een ander in gebruik te geven of onder te verhuren tegen eenzelfde of lagere huursom als die de gemeente aan huurder in rekening brengt; huurder blijft ten alle tijden voor de juiste nakoming van de in deze overeenkomst vermelde voorwaarden aansprakelijk.

Voor het overige blijven de overeenkomsten ongewijzigd. Wij verzoeken u de twee brieven voor akkoord te ondertekenen en in de bijgevoegde enveloppe te retourneren. Na ontvangst van de door u voor akkoord getekende brieven zullen

wij uw verzoek om toestemming tot onderverhuur (...) in behandeling nemen.’

1.10 Bij brief van 10 september 2003 heeft de Gemeente onder meer het volgende aan Heemskerk medegedeeld: ‘In uw brief van 16 april jl. verzoekt u ons college toestemming de door u gehuurde percelen onder te verhuren. Hierbij verlenen wij u de gevraagde toestemming en wijzen wij u op de navolgende bepalingen uit de met u gesloten huurovereenkomst;

- U bent en blijft te allen tijde verantwoordelijk voor de juiste nakoming van de voorwaarden uit de tussen u en de gemeente gesloten overeenkomsten (...);

- U mag met de onderverhuurder geen bepalingen c.q. voorwaarden overeenkomen die in strijd zijn met de bepalingen uit de overeenkomsten die de gemeente met u heeft gesloten; hieronder valt ook de vaststelling van de hoogte van de huurprijs. U mag aan uw onderverhuurder geen hogere huurprijs in rekening brengen, dan die de gemeente aan u in rekening brengt (...).

Uit de bovenstaande voorwaarden vloeit derhalve voort, dat de onderverhuurovereenkomsten met betrekking tot de percelen grond welke u van de gemeente huurt, niet onder het regime van de art. 7: 290-310 Burgerlijk Wetboek (voorheen art. 1624 e.v. BW, verhuur bedrijfsruimte) dienen te vallen’.

1.11 De Gemeente heeft bij besluit van 27 december 2006 ingestemd met een verlenging van de huurovereenkomst voor de periode van 1 oktober 2007 tot 31 augustus 2012, zonder verdere wijziging van de huurovereenkomst.

1.12 Bij brief van 23 oktober 2008 heeft Heemskerk het volgende voorgelegd aan de Gemeente:

‘Art. 3 van de huurovereenkomst regelt de huurprijs. Zoals u bekend is, ben ik (met onderhuurder DGV Retail B.V.) van mening dat de huurprijs die hieruit voortvloeit niet (meer) overeenstemt met die van vergelijkbare bedrijfsruimten ter plaatse. Aangezien ons overleg hieromtrent niet tot enige overeenstemming heeft geresulteerd, rest mij niets anders dan een procedure tot huurprijsvaststelling te entameren.

Art. 7: 304 BW bepaalt dat een vordering tot huurprijsvaststelling slechts ontvankelijk is, indien deze vergezeld gaat van een advies omtrent de nadere huurprijs, opgesteld door één of meer door partijen benoemde ter zake deskundigen.

In dit kader stel ik voor om Troostwijk Taxaties B.V. als deskundige te benoemen. Graag verneem ik (...) of u hiermee instemt.’

1.13 De Gemeente heeft bij brief van 28 november 2008 als volgt gereageerd:

‘In deze dienen twee zaken onderscheiden te worden; valt de met u gesloten huurovereenkomst onder het regime van 7:290 BW e.v. opdat er een huurprijsvaststelling gedaan kan worden en wijkt de door ons gehanteerde huurprijs welke wij u in rekening brengen überhaupt af van de huurprijs welke wij in vergelijkbare gevallen in rekening brengen. In 1997 is u een perceel blote grond verhuurt waarop u brandstofuitgiftepunten heeft gerealiseerd. Gelet op de bouw- en inrichtingsplannen van uw bedrijf is in 1998 met u voor de duur van 10 jaar een huurovereenkomst gesloten, welke de overeenkomst uit 1997 verving. In januari 2007 hebben wij u bericht dat wij instemmen met verlenging voor 5 jaar van de huidige overeenkomst tot 1 september 2012. Wij zijn van mening dat zowel de gemeente als u de overeenkomst op grond van het regime van de art. 7:201-231 BW zijn aangegaan en hebben voortgezet.

In uw genoemde brief van 23 oktober jl. stelt u dat de door de gemeente gehanteerde huurprijs niet overeenstemt met die van vergelijkbare bedrijfsruimten ter plaatse. Naar wij aannemen doelt u hierbij op de afdracht van €0,01259 voor iedere verkochte liter motorbrandstof. Wij kunnen u melden dat 8 van de 10 tankstations exact hetzelfde bedrag per verkochte liter motorbrandstof in rekening wordt gebracht. Van willekeur is derhalve geen sprake van vanzelfsprekend streven wij er naar om ook bij de 2 nog uit de pas lopende benzineverkooppunten eenzelfde vergoeding te bedingen.

Wij gaan derhalve niet akkoord met uw voorstel om te komen tot wijziging van de tussen partijen contractueel overeengekomen (prijs)afspraken.'

1.14 Heemskerk heeft zich met een verzoekschrift gewend tot de rechtbank, sector kanton, locatie Alphen aan den Rijn (hierna: de kantonrechter) en hij heeft verzocht:

- primair: om de heer A. de Kreek RI (Troostwijk Taxaties B.V.) als deskundige te benoemen tot het opstellen en uitbrengen van een huurprijadvies ex art. 7:304 lid 1 BW;
- subsidiair: om een of meer andere deskundige te benoemen tot het opstellen en uitbrengen van het, primair, bedoelde huurprijadvies;
- primair en subsidiair: in verband met voormelde benoeming zodanige voorzieningen te treffen als de kantonrechter noodzakelijk zal achten,
- kosten rechtens.

1.15 De kantonrechter heeft bij beschikking van 28 april 2009 het verzoek van Heemskerk ingewilligd, door tot deskundigen te benoemen A. de Kreek RT (Troostwijk Taxaties B.V.) en W. van Kampen (WVK Makelaardij og BW). Tevens heeft de kantonrechter bepaald dat beide deskundigen zelf een derde, onafhankelijke deskundige aanstellen om gezamenlijk advies uit te brengen over de nadere huurprijs per 27 februari 2009 overeenkomstig het bepaalde in art. 7:303 lid 2 BW. Daartoe heeft de kantonrechter onder meer overwogen dat Heemskerk een beroep toekomt op de zogenoemde connexiteitsregel uit het arrest van 14 oktober 1983 van de Hoge Raad (*NJ* 1984, 253; hierna: het Fietsenstallingsarrest) en dat het door Heemskerk van de Gemeente gehuurde perceel grond met de pompeilanden moet worden aangemerkt als bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW. De kantonrechter heeft de proceskosten gecompenseerd.

2. Het hof stelt vast dat de beschikking van de kantonrechter is aan te merken als een eindbeschikking, waartegen hoger beroep openstaat (vgl. HR 12 mei 2006, *NJ* 2006, 294).

3. De Gemeente heeft één grief geformuleerd tegen de beschikking, die er kortweg op neerkomt, dat de gehuurde percelen grond niet kwalificeren als bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW en dat Heemskerk geen beroep toekomt op de connexiteitsregel uit het Fietsenstallingsarrest omdat Heemskerk de tankshop in eigendom toebehoort, waardoor art. 7:304 BW toepassing mist.

4. Heemskerk heeft aangevoerd dat de onderhavige verzoekschriftprocedure zich niet leent voor het beantwoorden van de gecompliceerde voorvraag of het gehuurde als bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW kwalificeert.

5. Het hof stelt voorop dat Heemskerk op de voet van art. 7:304 lid 2 BW de kantonrechter heeft verzocht om de benoeming van een deskundige. De in art. 7:304 lid 2 BW geregelde verzoekschriftprocedure beoogt de partij die – op de voet van art. 7:303 BW – bij dagvaarding een procedure tot nadere huurprijvaststelling wil aanvangen, in staat te stellen

om te voldoen aan het in art. 7:304 lid 1 BW neergelegde ontvankelijkheidsvereiste van een deskundig advies omtrent die nadere huurprijs. De verzoekschriftprocedure heeft tot uitgangspunt, dat het gehuurde kwalificeert als huur en verhuur van bedrijfsruimte als bedoeld in art. 7:290 BW. In zijn inleidende verzoekschrift heeft Heemskerk onder 1.2 gesteld dat de kwalificatie van het gehuurde als bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW een voorwaarde is voor de toepasselijkheid van de artikelen 7:303 en 7:304. Tevens heeft Heemskerk onder 3.1 tot en met 3.5 vermeld dat zijns inziens aan die voorwaarde is voldaan. De Gemeente heeft uitvoerig in haar verweerschrift betoogd dat het gehuurde niet als bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW kwalificeert. Ook in het beroepschrift, het verweerschrift en de pleitaantekeningen vormt dit het belangrijkste twistpunt tussen partijen. Waar (pleitnota mr. Mesu-Abbekerck, sub 2) de gemeente stelt dat voor de vraag of de kantonrechter terecht tot behandeling van de door de Gemeente opgeworpen voorvraag is overgegaan incidenteel appel van Heemskerk nodig was, vergist de Gemeente zich: Heemskerk had, zijn verzoek toegewezen zijnde, uiteraard geen behoefte aan wijziging van het dictum van de door de Gemeente bestreden beschikking. Hij hoefde dus ook niet incidenteel te appelleren. De eisen van een goede procesorde, proceseconomie en -efficiëntie brengen naar het oordeel van het hof met zich dat deze (voor)vraag in het onderhavige geding dient te worden beantwoord om partijen het eventueel zinloze, kostbare en tijdrovende traject van het deskundigenadvies over de huurprijs te besparen. De jurisprudentie van de Hoge Raad betreffende de ontruimingsbescherming ex art. 7:230a BW e- de beantwoording van daarbij opkomende voorvragen biedt steun voor deze praktische benadering (vgl. HR 14 juli 2000, *NJ* 2000, 175). Het door de Gemeente genoemde arrest van 12 mei 2006 van de Hoge Raad (*NJ* 2006, 294) sluit bij die benadering aan. Partijen hebben bovendien in eerste aanleg en in hoger beroep voldoende gelegenheid (gekregen) om hun visie naar voren te brengen; onderhavige (verzoekschrift)procedure is met voldoende waarborgen omgeven. Dit betekent dat in hoger beroep dient te worden beoordeeld of het gehuurde moet worden aangemerkt als bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW, alsmede of Heemskerk een beroep toekomt op het Fietsenstallingsarrest.

6. Het hof overweegt het volgende.

Art. 7:290 lid 1 BW luidt:

'De bepalingen van deze afdeling zijn van toepassing op huur en verhuur van bedrijfsruimte.'

Art. 7:290 lid 2 BW luidt voor zover in deze van belang:

'Onder bedrijfsruimte wordt verstaan:

a. een gebouwde onroerende zaak of gedeelte daarvan, die krachtens overeenkomst van huur en verhuur is bestemd voor de uitoefening van een kleinhandelsbedrijf, van een restaurant- of cafébedrijf, van een afhaal- of besteldienst of van een ambachtsbedrijf, een en ander indien in de verhuurde ruimte een voor het publiek toegankelijk lokaal voor rechtstreekse levering van roerende zaken of voor dienstverlening aanwezig is; (...)'

Art. 7:290 lid 3 BW luidt:

'Tot de in lid 2 bedoelde bedrijfsruimte worden ook gerekend de onroerende aanhorigheden, de bij het een en ander behorende grond en de, mede gelet op de bestemming van die bedrijfsruimte, afhankelijke woning.'

7. Uit deze bepalingen van afdeling 6, titel 4, boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, gewijd aan de huur van bedrijfsruimte, vloeit voort dat het bij bedrijfsruimte als bedoeld in art. 7:290 BW in elk geval dient te gaan om een verhuurde (bedrijfs)ruimte. De tankshop van Heemskerk is naar het oordeel van het hof niet aan te merken als of gelijk te stellen met een verhuurde (bedrijfs)ruimte in de zin van art. 7:290 lid 2 BW omdat deze in eigendom toebehoort aan Heemskerk. Nu de tankshop niet kwalificeert als bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW zijn de door Heemskerk van de Gemeente gehuurde percelen grond ook niet aan te merken als 'de bij het een en ander behorende grond' in de zin van art. 7:290 lid 3 BW.

8. Het beroep van Heemskerk op het Fietsenstillingsarrest gaat om diezelfde reden niet op. In de casus die heeft geleid tot dit arrest van de Hoge Raad was sprake van een combinatie van twee overeenkomsten van huur en verhuur ten aanzien van bedrijfsruimte en dat is in het onderhavige geval, waar sprake is van het eigendomsrecht van Heemskerk ten aanzien van de tankshop in combinatie met een huurovereenkomst ten aanzien van de percelen grond, niet aan de orde.

9. De toepasselijkheid van de regeling van art. 7:290 e.v. BW hangt af van de vraag of krachtens de huurovereenkomst het verhuurde bestemd is voor de uitoefening van een bedrijf als bedoeld in art. 7:290 lid 2 BW. Beslissend is derhalve hetgeen partijen, mede in aanmerking genomen de inrichting van het gehuurde, bij het sluiten van de huurovereenkomst omtrent het gebruik van het gehuurde voor ogen heeft gestaan (HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 215; HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 740 en HR 3 december 2004, *WR* 2005, 14). Tussen partijen is in confesso dat de gehuurde percelen grond zijn bestemd voor het oprichten, hebben en gebruiken van een installatie voor de verkoop van motorbrandstoffen, dat partijen bij het sluiten van de huurovereenkomst een dergelijk gebruik van het gehuurde voor ogen heeft gestaan en dat dit gebruik ook beantwoordt aan de inrichting van het gehuurde. Het gehuurde is (zelf) niet bestemd voor de uitoefening van een bedrijf als bedoeld in art. 7:290 lid 2 BW en het ontbeert dan ook, met name, een voor het publiek toegankelijk lokaal voor rechtstreekse levering van roerende zaken of voor dienstverlening. Het gehuurde kwalificeert derhalve niet als bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW.

10. Ook moet hierbij worden bedacht dat art. 7:290 BW blijkens de parlementaire geschiedenis (van voorheen art. 1624 BW) ertoe strekt het toepassingsgebied van de regeling betreffende huur en verhuur van bedrijfsruimte te beperken tot de gevallen waarvoor zij noodzakelijk werd geacht, met name tot die waarin de huurder van een bedrijfsruimte bescherming behoeft tegen beëindiging van de huur op (te) korte termijn, in verband met de bijzondere ligging van de gehuurde ruimte, de aldaar gekweekte goodwill, de gedane investeringen en de moeilijkheid elders een geschikte plaats van vestiging te vinden (MvT, Bijlagen *Handelingen II* 1966/67, 8875, nr. 3, p. 6; zie ook HR 4 mei 1979, *NJ* 1979, 509 en HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 78). Tegen die achtergrond bestaat geen aanleiding de eigenaar van een in het kader van zijn bedrijf gebruikte ruimte, die in geval van huur en verhuur als een bedrijfsruimte ex art. 7:290 BW zou kwalificeren, bescherming op basis van art. 7:290 BW te bieden voor andere, door de eigenaar ten behoeve van de exploitatie van zijn bedrijf gehuurde ruimten of terreinen, nu een eigenaar de in de MvT genoemde risico's niet loopt.

11. Verder komt uit de parlementaire geschiedenis naar voren dat uitbreiding van de werkingsfeer van de artikelen 7:290 e.v. BW tot ander ongebouwd onroerend goed dan kampeerterreinen niet strookt met de uitgangspunten van deze artikelen (MvT, Bijlagen *Handelingen II* 1966/67, 8875, nr. 3, p. 7 rk en MvA, bijlagen *Handelingen II* 1969/70, 8875, nr. 6, p. 3 en p. 6, beide rk; zie ook: HR 16 juni 1995, *NJ* 1995, 705).

12. Met het in 1993 ingediende wetsvoorstel 24 150 tot wijziging van de bepalingen betreffende huur en verhuur van bedrijfsruimte en intrekking van de Huurwet is gepoogd om het werkingsgebied van het beschermingsregime van de huur en verhuur van bedrijfsruimte uit te breiden. Daarvoor bleek echter geen steun in de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel is vervolgens ingetrokken. Met de vaststelling van art. a7.4.5 van het BW op 1 augustus 2003 is de regeling van de huur en verhuur van bedrijfsruimte ondergebracht in art. 7:290 e.v. BW. Uit de parlementaire geschiedenis komt naar voren dat weloverwogen is afgezien van een uitbreiding van het werkingsgebied van de regeling (Advies Raad van State en Nader rapport, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 932, P, p.2-3; MvT, *Kamerstukken II* 1999/2000, nr. 3, p.1, Nota n.a.v. het verslag, *Kamerstukken II* 2000/01, 26 932, nr. 5, p. 4 en de Brief van de Minister van Justitie, *Kamerstukken II* 2000/01, 26 932, nr. 20, p.7-8). Dit betekent dat op dit punt geen materiële wijziging is beoogd en dat hetgeen hiervoor is overwogen ook thans nog onverkort opgaat.

13. Ten overvloede overweegt het hof dat de tankshop dienstig en ondergeschikt is aan het gehuurde, nu de inkomsten van het tankstation feitelijk gegenereerd worden met de pomp-eilanden op het gehuurde en enkel worden afgedragen in de tankshop. Dit pleit er veeleer voor om het huurregime dat op het gehuurde toepasselijk is ook van toepassing te verklaren op de tankshop en niet omgekeerd.

14. Heemskerk meent dat het voor een 'gezonde' exploitatie van de tankshop absoluut noodzakelijk is, dat hij de huurprijs kan laten toetsen. Heemskerk wijst erop dat: (i) de huurprijs is gekoppeld aan de omzet die gehaald wordt uit ruimte die wordt bezigd voor doeleinden als omschreven in art. 7: 290 BW, (ii) de huurprijs door inspanningen van de exploitant, die het hoofd moest bieden aan gewijzigde marktomstandigheden, tot een, ook gelet op de huur van vergelijkbare objecten, onevenredig hoog niveau is gestegen, (iii) tegelijk de winstmarge per liter fors is gedaald, (iv) de Gemeente als tegenprestatie voor de gestegen huur geen enkele inspanning heeft hoeven verrichten, en (v) verhuizen naar een goedkopere huurlocatie voor Heemskerk geen optie is omdat in Alphen aan den Rijn geen andere locaties voor tankstations beschikbaar zijn. Heemskerk voert aan dat de artikelen 7: 290 e.v. BW, althans in elk geval de art. 7: 303 en 7:304, op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6: 248 lid 1 BW op de huurrelatie van de Gemeente en Heemskerk van toepassing zijn, althans dat het betoog van de Gemeente dat de connexiteitsregel niet opgaat, nu de connexe bedrijfsruimte niet in huur maar in eigendom bij Heemskerk is, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. ook is Heemskerk van mening dat de Gemeente door haar stellingname de algemene beginselen van behoorlijk bestuur schendt, waaronder het verbod op willekeur en het zorgvuldigheidsbeginsel.

15. De Gemeente stelt daar tegenover dat Heemskerk geen beroep toekomt op de beperkende werking van de redelijkheid

en billijkheid, nu er in dit geval geen bepaalde (wettelijke) regel geldt. Het gehuurde betreft geen 290-bedrijfsruimte en daardoor gelden de art. 7:303 en 7:304 BW niet. De Gemeente betwist dat de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid met zich zou kunnen brengen dat de art. 7:303 en 7:304 BW van toepassing zijn. De door Heemskerk aangevoerde omstandigheden zijn daartoe volgens de Gemeente niet voldoende. De Gemeente merkt nog op dat ook niet gebleken is dat de huurprijs daadwerkelijk naar een onevenredig niveau is gestegen, dat de winstmarge per liter fors zou zijn gedaald en dat verhuizen naar een goedkopere locatie onmogelijk zou zijn. Bovendien wijst de Gemeente erop dat Heemskerk meerdere malen de gelegenheid heeft gehad om een beding ter zake een (periodieke) nadere huurprijvaststelling met de Gemeente overeen te komen. Dat Heemskerk van die mogelijkheden geen gebruik heeft gemaakt, dient volgens de Gemeente voor eigen risico te blijven. Tevens wijst de Gemeente erop dat Heemskerk in voorkomende gevallen op grond van onvoorziene omstandigheden in art. 6:258 BW ontbinding of wijziging van de huurovereenkomst kan vorderen.

16. Ook indien juist, hebben de door Heemskerk genoemde omstandigheden, in onderling verband en samenhang bezien, op basis van de eisen van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 1 BW niet tot (rechts)gevolg dat de art. 7:290 e.v. BW, althans de art. 7:303 en 7:304 BW, op de huurrelatie van de Gemeente en Heemskerk van toepassing zijn, mede gelet op de door Heemskerk ontvangen afwijzende reactie van de Gemeente op zijn verzoek om akkoord te gaan met onderverhuur onder verwijzing naar art. 1624 BW (oud), zoals hierboven weergegeven onder 1.8 en 1.10. Ook brengen de genoemde omstandigheden niet met zich dat het door de Gemeente gevoerde verweer tegen toepassing van de connexiteitsregel uit het Fietsenstallingsarrest naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Partijen waren er immers bij het aangaan en het verlengen van de huurovereenkomst mee bekend dat de huur deels afhankelijk is van de omzet en dat een stijging van de omzet ook leidt tot een stijging van de huur zonder dat de Gemeente zich daarvoor heeft in te spannen. De door Heemskerk aangevoerde omstandigheden vormen ook geen schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Heemskerk heeft daartoe naar het oordeel van het hof onvoldoende aangevoerd. Zo valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien hoe de door Heemskerk genoemde omstandigheden zouden kunnen meebrengen dat de Gemeente het verbod van willekeur of het zorgvuldigheidsbeginsel schendt, indien zij zich op het standpunt stelt dat haar huurrelatie met Heemskerk niet onder art. 7:290 BW valt en dat de connexiteitsregel uit het Fietsenstallingsarrest niet van toepassing is.

17. Het vorenstaande betekent dat de grief slaagt. De beschikking waarvan beroep dient te worden vernietigd en Heemskerk dient alsnog niet-ontvankelijk te worden verklaard in zijn inleidende verzoek. Als de in het ongelijk gestelde partij dient Heemskerk in de kosten van beide instanties verwezen te worden.

18. De bewijsaanbiedingen van beide partijen worden gepasseerd, nu zij geen concreet en gespecificeerd bewijs aanbieden van feiten, die indien bewezen, leiden tot een andere beslissing in hoger beroep.

## Beslissing

Het hof:

- vernietigt de tussen partijen gegeven beschikking van de rechtbank 's-Gravenhage, sector kanton, locatie Alphen aan den Rijn;

opnieuw rechtdoende:

- verklaart Heemskerk niet-ontvankelijk in zowel zijn primaire als in zijn subsidiaire verzoek

- veroordeelt Heemskerk in de kosten van de procedure in eerste aanleg, (...);

- veroordeelt Heemskerk in de kosten van het hoger beroep, (...).

Deze beschikking is gegeven door mrs. J.W. van Rijkom, S.W. Kuip en P.S. Kamminga en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 27 oktober 2009 in aanwezigheid van de griffier.

## Commentaar

In de mei / juni uitgave van dit tijdschrift van dit jaar, verscheen een noot van mijn hand bij de uitspraak van de Kantonrechter Alphen aan den Rijn (28 april 2009). In die zaak stond de vraag centraal of een gehuurde onbebouwde onroerende zaak gekwalificeerd kon worden als een 7:290 BW perceel. De sector kanton beantwoordde deze vraag bevestigend, in navolging van de Hoge Raad die reeds in 1983<sup>2</sup> had uitgemaakt (in het Fietsenstallingsarrest) dat een connexe ruimte het lot van een principale ruimte volgt.

De sector kanton volgde de Hoge Raad in zijn redenering. De sector overwoog dat nu de huurder de gehuurde onroerende zaak bezigde voor de tankshop die de huurder exploiteerde op het naastgelegen perceel, de gehuurde zaak het lot volgde van de principale ruimte. Dat deze huurder het naastgelegen perceel in eigendom had, vormde geen belemmering. Mijns inziens is dit een sympathieke uitspraak en ik meen dat ook in de literatuur en in rechtspraak voldoende steun voor deze uitspraak te vinden is. De verhuurder ging in hoger beroep en onlangs wees het Gerechtshof 's-Gravenhage een beschikking. Het hof dacht er anders over dan de Kantonrechter in eerste aanleg en vernietigde de beschikking in lijn met haar eerdere beschikking van dit jaar.<sup>3</sup> De redenering van het hof in die zaak en in deze zaak luidt gelijk. Het gerechtshof overwoog in twee fasen:

### Fase 1

Nu de tankshop van Heemskerk niet kwalificeert als een verhuurde ruimte ex art. 7:290 BW, kan het door Heemskerk gehuurde perceel niet kwalificeren als 'de bij het een en ander behorende grond', als bedoeld in lid 3 van dat artikel. Aldus het hof kan lid 3 uitsluitend opgeld doen, indien de principale ruimte een gehuurde ruimte is.

### Fase 2

Omdat er geen sprake is van twee gehuurde ruimtes, maar juist van één ruimte die in eigendom is en één ruimte die gehuurd is, kan er, aldus het hof, evenmin sprake zijn van

2. HR 14 oktober 1983, *NJ* 1984, 253 (Tuin / Zwarts), met noot P.A. Stein.

3. Gerechtshof 's-Gravenhage 7 april 2009, *JIN* 2009, 587, met noot van J.E. van der Werff (De Haringkoning / Resto Huis).

connexiteit. Het hof onderbouwt deze stelling door te verwijzen naar de feiten in het Fietsenstallingsarrest: in die casus betrof het immers ook twee gehuurde percelen.

Door aldus te redeneren passeert het gerechtshof, de dragende overweging uit het arrest van 1983: *'Uit de feiten waarvan de Rb. blijkens het voorgaande is uitgegaan, vloeit niet voort dat is voldaan aan de in art. 1624 BW gestelde eis dat de onderhavige ruimte 'krachtens overeenkomst van huur en verhuur is bestemd voor' de uitoefening van een kleinhandels- of ambachtsbedrijf. Daartoe is in een geval als het onderhavige nodig dat de huur-overeenkomst insluit dat de verhuurder ermee ingestemd heeft dat de verhuurde ruimte wordt bestemd om tezamen met de andere door de huurder gebezigde ruimten als bedrijfsruimte te worden gebruikt. (...)*<sup>4</sup> Anders dan het gerechtshof stelt, volgt hieruit niet dat de Hoge Raad het een wezenlijk element vond dat de principale ruimte eveneens gehuurd was.

Het hof meende haar beschikking verder nog kracht bij te zetten door te verwijzen naar de Parlementaire Geschiedenis van de laatste wetswijziging, maar ook van die van enkele jaren daarvoor, waaruit volgt dat er geen steun was in de Tweede Kamer voor een uitbreiding van het werkingsgebied van de 7:290 BW regeling. Het is juist dat er geen ruimte was voor een uitbreiding van die regeling. De wetgever heeft de regeling op dat punt dan ook ongewijzigd in stand gelaten, zonder daarmee de regeling te willen beperken of uitbreiden. Het argument dat het gerechtshof meent te kunnen ontleen aan de ongewijzigde instandhouding van de reikwijdte van deze regeling is mijns inziens niet terecht.

Hoe het ook zij: sinds 1983 heeft de Hoge Raad zich niet meer uitgelaten over deze materie. Het blijft dan ook gissen of de Hoge Raad met haar dragende overweging bedoelde te zeggen, zoals Stein in zijn noot bij dat arrest aangeeft, dat het onverschillig is welke kwalificatie de principale ruimte krijgt (is het eigendom of huur). Ik ben van mening dat de bescherming van de huurder-ondernemer de sleutel moet zijn naar de oplossing in deze discussie. De ratio van het arrest uit 1983 is, zo begrijp ik het, dat de huurder van de onbebouwde grond (welke grond werd ingezet voor een 7:290 activiteit) de bescherming diende te krijgen van de 7:290 BW regeling. Als dit namelijk anders zou zijn, zou deze huurder-ondernemer geconfronteerd kunnen worden met een opzegging welke de 7:290 BW bedrijfsvoering in de principale ruimte geweld aan kan doen. Vanuit deze beschermingsgedachte is het niet wel verdedigbaar waarom een eigenaar van een winkelruimte, die elders ten behoeve van zijn, laten we zeggen winkelruimte, een niet 7:290 BW ruimte huurt, niet deze bescherming verdient. Immers, zijn bedrijfsvoering kan op dezelfde wijze in het gedrang komen als die van een huurder/winkelier in geval van bijvoorbeeld een opzegging van de huurovereenkomst van de niet-principale ruimte.

Desondanks stelde het Gerechtshof 's-Gravenhage dat een eigenaar/winkelier geen bescherming behoeft te krijgen tegen beëindiging van de huur op (te) korte termijn omdat hij niet de risico's zou lopen die een huurder / winkelier wel zou lopen. Wat mij betreft is dit een niet-houdbaar standpunt. Ik hoop dat de Hoge Raad zich mag buigen over deze materie.

*Misschien is het goed om ook te wijzen op: Hof 's-Gravenhage 11 juli 2007, WR 2007, 98 (gem. Den Haag/Groenblok): Gehuurd parkeerterrein voor klanten tuincentrum en gehuurde losse grond als buitenverkoopplaats van tuincentrum zijn zodanig verbonden met het tuincentrum dat voor beide terreinen sprake is van een bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW althans als de bij de bedrijfsruimte behorende grond in de zin van art. 7:290 lid 3 BW. Niet relevant is dat het onbebouwde grond betreft of dat het tuincentrum en de overige percelen verschillende verhuurders kennen. Dat verhuurster/gemeente de percelen nooit als 290-bedrijfsruimte heeft bestemd doet daar niet aan af nu zij ermee heeft ingestemd dat beide percelen tezamen met het tuincentrum zouden worden gebruikt.*

I.C.K. Mol<sup>5</sup>

4. HR 14 oktober 1983, NJ 1984, 253 (Tuin / Zwarts), zie r.o. 3, tweede alinea.