

Monopolieposities en referentiepanden

mr. A. Scholten*

1. Inleiding

Bij het vaststellen van de nadere huurprijs van 290-bedrijfsruimte is het vinden van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse (referentiepanden) veelal een hele opgave. Daarbij kunnen zich vele complicaties voordoen. Bijvoorbeeld het geval dat de betrokken verhuurder tevens de eigenaar is van de overige bedrijfsruimte in het winkelcentrum waar het gehuurde is gevestigd. De vraag rijst dan of, en zo ja: in hoeverre, de overige bedrijfsruimten in het winkelcentrum betrokken kunnen worden bij de berekening van de nadere huurprijs. Veel huurders verzetten zich hiertegen op grond van twee argumenten.

Het eerste argument is dat er geen sprake zou zijn van een vrije ontwikkeling van de huurprijzen gelet op de monopoliepositie van de verhuurder. Om die reden zouden de bedrijfsruimten in hetzelfde winkelcentrum, hoewel wellicht bij uitstek vergelijkbaar, niet als referentiepand kunnen dienen. Een dergelijke betoog wordt veelal kracht bijgezet door een verwijzing naar de uitspraak van de Hoge Raad van 24 februari 1984, *NJ* 1984, 788 (*Gemeente Utrecht/Trapman*). Het tweede argument is van een andere orde en betreft de (onpartijdige) rol van de Bedrijfshuuradviescommissie (BHAC). De BHAC hanteert bij haar selectie van referentiepanden de beleidslijn dat niet uitsluitend referentiepanden in het huurprijzenonderzoek betrokken kunnen worden, die aan één van beide partijen in eigendom toebehoren. Daarom zouden de te selecteren referentiepanden in ieder geval niet beperkt mogen blijven tot bedrijfsruimten in hetzelfde winkelcentrum, die het eigendom zijn van de verhuurder. Daarbij wordt veelal verwezen naar de uitspraken van de Hoge Raad van 11 mei 1990, *NJ* 1990, 530 (*Winkelcentrum 'De Munt'*) en Hoge Raad 10 mei 1996, *NJ* 1996, 670 (*Winkelcentrum 'De Aarhof'*).

Hieronder zal ik uiteenzetten dat de omstandigheid dat de verhuurder tevens eigenaar is van de overige winkelruimte in een winkelcentrum naar mijn mening niet relevant is bij de selectie van de referentiepanden. Evenmin levert een monopoliepositie, zonder bijkomende omstandigheden, een vermoeden op dat de marktwerking wordt verstoord, welk vermoeden door de verhuurder zou moeten worden ontzenuwd. Evenmin zou naar mijn mening het streven van de BHAC om iedere schijn van partijdigheid te vermijden, ertoe mogen leiden dat referentiepanden, die bij uitstek vergelijkbaar zijn, worden uitgesloten van de berekening van de nadere huurprijs. Daarmee wordt afbreuk gedaan aan het objectieve criterium 'vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse'.

Selectie referentiepanden en de monopolide verhuurder

In de zoektocht naar referentiepanden staat het wettelijke begrip 'vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse' centraal. Een nadere concretisering van dit criterium ontbreekt in de wet. Uit de parlementaire geschiedenis bij wetsvoorstel 12 312, waarbij het element 'ter plaatse' aan het bepaalde in artikel 7a:1632a lid 1 (de voorganger van artikel 7:303 BW) werd toegevoegd, valt slechts op te maken dat het moet gaan om *hetzelfde winkelgebied* dat niet noodzakelijkerwijs in dezelfde gemeente hoeft te zijn gelegen. In de parlementaire geschiedenis omtrent wetsvoorstel 26 932 heeft de wetgever zich evenmin uitgelaten over een concretisering van de wettelijke maatstaf 'vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse'. Deze invulling wordt opnieuw aan de rechter overgelaten. Zo wordt in de nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken II* 2000/01, 26 932, nr. 5, p. 13) het volgende opgemerkt:

'Wat het aanknopingspunt 'vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse' betreft ontbreekt net als in de huidige regeling een nadere precisering, zoals bijv. de staat van het pand, de frontbreedte, de ligging en omvang, de bereikbaarheid voor de klant en de toeleveranciers en parkeergelegenheid. Nadere precisering in de wet kan alleen een voorbeeldfunctie hebben, aangezien ieder geval weer zeer verschillende omstandigheden kent, die moeilijk alle in de wet kunnen worden opgesomd. Aan de rechter wordt overgelaten welke bijzondere omstandigheden in het oordeel betrokken dienen te worden. Dit betekent evenwel niet dat geen rekening met de genoemde omstandigheden wordt gehouden, zoals ook al uit de huidige praktijk blijkt.'

Uit de toepasselijke jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat, wat het element 'ter plaatse' betreft, het gaat om een bepaald winkel- of verzorgingsgebied dat qua aanbod, prijspeilvoorzieningenniveau, bereikbaarheid en passantenstromen een zekere eenheid vormt. Bedrijfsruimten in de directe nabijheid komen als eerste in aanmerking om als referentiepand te dienen. Wanneer er in de directe omgeving geen vergelijkbare referentiepanden beschikbaar zijn, komen verdergelegen referentiepanden in aanmerking¹. Op het eerste gezicht lijken overige bedrijfsruimten binnen hetzelfde winkelcentrum dus bij uitstek geschikt om als referentiepand te dienen², ook al behoren die bedrijfsruimten in eigendom toe aan de verhuurder.

* Advocaat bij DLA Piper Nederland N.V., Amsterdam.

1. HR 10 december 1982, *NJ* 1983, 215.

2. Ook binnen één en hetzelfde winkelcentrum zijn verschillen in passantenstromen, ligging en bouwkundige staat natuurlijk mogelijk.

Het eerste argument: geen vrije ontwikkeling huurprijzen

In het arrest *Gemeente Utrecht/Trapman* (NJ 1984, 788) heeft de Hoge Raad overwogen dat uitsluitend referentiehuren in de vergelijking mogen worden betrokken die in een vrije ontwikkeling van het huurprijsniveau, zonder belemmeringen of verstoring van de marktwerking ter plaatse, tot stand zijn gekomen. Voordat nader wordt gezien of een monopoliepositie aan de zijde van de verhuurder wellicht een dergelijke verstoring/belemmering oplevert, is goed het voornoemde arrest nog eens kort onder de loep te nemen. Waar ging het ook alweer om?

Gemeente Utrecht/Trapman

De Gemeente Utrecht was de verhuurder van – op één na – alle percelen te Utrecht waarop benzinestations waren gevestigd. Mede vanuit een bepaalde politieke overtuiging bedong de gemeente al sinds 1969 een huurprijs gelijk aan 2,5% van de gerealiseerde omzet in geld. Door de koppeling van de huurprijs aan de gerealiseerde omzet in geld profiteerde de gemeente sterk van de stijging van de benzineprijs als gevolg van prijsverhogingen van aardolieproducten en de steeds hogere accijns en omzetbelasting. Tegen die achtergrond oordeelde de rechtbank dat er sprake was van misbruik van een machtspositie. Dit misbruik zag met name op het onverkort vasthouden door de gemeente aan de gehanteerde methodiek van een omzethuur uitgedrukt in geld. Daardoor was van een vrije marktontwikkeling van het huurprijsniveau geen sprake. In feite was de huurprijs van alle benzinestations sinds 1969 hetzelfde gebleven, namelijk 2,5% van de gerealiseerde omzet in geld. Bij die stand van zaken konden volgens de rechtbank de huurprijzen van de referentiepanden in Utrecht (alle met een huurprijs van 2,5% van de omzet in geld) niet in de vergelijking worden betrokken, welk oordeel door de Hoge Raad in stand werd gelaten.

Monopolist en verstoring marktwerking

In het arrest *Gemeente Utrecht/Trapman* werd overwogen dat de wettelijke regeling van artikel 7:303 BW een duurzame huurprijsontwikkeling beoogt. De nader vast te stellen huurprijs dient het algemene niveau van de huurprijsontwikkeling te volgen. Dat is niet het geval indien de referentiehuren kunstmatig gelijk worden gehouden aan een percentage van 2,5% van de omzet. In dat geval kan een huurprijsaanpassingsprocedure simpelweg niet resulteren in een wijziging van de huurprijs.

Uit het arrest *Gemeente Utrecht/Trapman* kan mijns inziens niet worden afgeleid dat het enkele feit dat een verhuurder binnen een bepaald verzorgingsgebied of winkelgebied een monopoliepositie inneemt, een voldoende aanwijzing is dat de totstandkoming van de huurprijzen van de referentiepanden ter plaatse is verstoord³. Ook een monopolioïde verhuurder is onderworpen aan de marktontwikkeling van huurprijzen. Ook een monopolioïde verhuurder zal, teneinde leegstand te voorkomen, rekening moeten houden met de huurprijzen van alternatieve locaties. Anderzijds zal een redelijk denkend huurder op voorhand berekenen welke huurprijs nog wordt gerechtvaardigd door het te verwachten winst- of omzetniveau binnen het winkelcentrum. Uit een monopoliepositie volgt niet noodzakelijkerwijs verstoring

van de marktwerking. Om daartoe te kunnen concluderen, zijn aanvullende omstandigheden vereist⁴. Dergelijke omstandigheden waren in het geval *Gemeente Utrecht/Trapman* ook in overvloed aanwezig: de bijzondere positie van de verhuurder (ook vergunningverlener voor de exploitatie van de benzinestations), het onverkort vasthouden aan een omzethuur, de afwezigheid van alternatieve huurobjecten en de bijzondere aard van het huurobject. Ook de afwezigheid gedurende een langere periode van huurdermutaties binnen een bepaald winkelgebied (waaronder tussentijdse toetsing aan de markthuurwaarde plaatsvindt) of het ontbreken van iedere vorm van onderhandeling over de huurprijs van de referentiepanden, kan een dergelijke omstandigheid opleveren⁵.

Het enkele feit dat er sprake is van een monopolioïde verhuurder, kan naar mijn mening ook geen omkering van de bewijslast rechtvaardigen. Nadat is vastgesteld dat een bepaald referentiepand kwalificeert als vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse, dient degene die betoogt dat de huurprijs daarvan niet in de vergelijking kan worden betrokken, dit nader te concretiseren en onderbouwen. Overigens zal in veel gevallen pas na kennisneming van het BHAC-advies duidelijk worden of van een verstoorde marktwerking sprake is. Reden temeer om niet bepaalde referentiepanden op voorhand uit te sluiten.

3. De kantonrechter te Middelburg oordeelde naar mijn mening dan ook ten onrechte dat verhuurder (Servex) alle vergelijkbare stationrestauranten verhuurt, hetgeen zonder nadere motivering de marktwerking voor de huurprijs verstoort. Uit het een (Servex neemt een monopoliepositie in) kan niet het ander – verstoren – worden afgeleid.
4. Volgens de kantonrechter te Haarlem zou de verhuurder, de Beverwijkse Bazaar, ondanks haar monopoliepositie, toch niet de vrije marktontwikkeling van de huurprijzen hebben belemmerd, gelet op de omvang van het complex de Beverwijkse Bazaar. Bij deze uitspraak speelde overigens ook mee dat er geen enkel vergelijkingsobject voorhanden was, gelet op het unieke karakter van de Beverwijkse Bazaar.
5. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de kantonrechter te Alphen aan de Rijn van 12 juli 2005, *WR* 2005, 108. Het betrof een vaststelling van een nadere huurprijs in het winkelcentrum De Aarhof, welk winkelcentrum ook al centraal stond in het arrest van de Hoge Raad van 10 mei 1996, *NJ* 1996, 670. Daarin betoogde de huurder dat er na een ingrijpende renovatie met alle huurders overeenstemming was bereikt over een nieuwe huurprijs, welke huurprijs gelijk is gebleven, omdat zich vrijwel geen huurdersmutaties hadden voorgedaan, alsook geen huuraanpassingsprocedures waren gevoerd. Om die reden golden in feite nog de huurprijzen die tot stand waren gekomen van ná de renovatie van weleer en zou een vaststelling van de nadere huurprijs op grond van het bepaalde in artikel 7:304 BW rekenkundig moeten leiden tot handhaving van de bestaande huurprijs. Bij die stand van zaken oordeelde de kantonrechter naar mijn oordeel terecht dat er van een vrije huurprijsontwikkeling geen sprake was geweest. Dit oordeel is uitsluitend gebaseerd op het feit dat er geen huurontwikkeling heeft plaatsgevonden en staat los van het feit of de verhuurder al dan niet een monopoliepositie innam.

Het tweede argument: de onpartijdigheid van de BHAC

Ook indien er geen sprake lijkt te zijn van verstoring van de marktwerking door de monopoliepositie van de verhuurder, weigert de BHAC toch veelal om referentiepanden die aan één van de betrokken partijen in eigendom toebehoren, geheel of gedeeltelijk in haar advies te betrekken. De verschillende BHAC's in den lande hanteren uiteenlopende richtlijnen. De BHAC te 's-Gravenhage betreft referentiepanden die het eigendom zijn van de verhuurder slechts in de vergelijking indien er tevens andere referentiepanden zijn, die niet aan de verhuurder toebehoren. Deze werkwijze is overigens gesanctioneerd door het arrest van de Hoge Raad van 10 mei 1996, *NJ* 1996, 670. De BHAC van Rotterdam betreft uitsluitend referentiepanden van de verhuurder in de huurprijsvergelijking indien er anders onvoldoende (minder dan 5) referentiepanden voorhanden zouden zijn om de nadere huurprijs vast te stellen. De BHAC in 's-Hertogenbosch betreft wel referentiepanden van de verhuurder in de huurprijsvergelijking, indien over de huurprijs van het desbetreffende referentiepand onderhandelingen hebben plaatsgevonden. Indien uitsluitend vanwege de (onpartijdige) rol van de BHAC bepaalde referentiepanden op voorhand worden uitgesloten, wordt in mijn ogen geweld aangedaan aan het wettelijke criterium 'vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse', dat de enige maatstaf zou moeten zijn bij het selecteren van de referentiepanden. Nadat is vastgesteld dat een bepaald huurobject kwalificeert als vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse kan het referentiepand in de vergelijking worden betrokken. Vervolgens zou de BHAC kunnen nagaan of er een verstoring van de marktwerking is geweest, mede aan de hand van referentiepanden buiten het winkelcentrum, of aan de hand van het door de BHAC 's-Hertogenbosch gehanteerde criterium dat over de referentiehuurprijs moet zijn onderhandeld. Wanneer aldus geen verstoring van de marktwerking wordt geconstateerd, bestaat op zich geen goede grond om referentiepanden. Een deugdelijke motivering van het BHAC-advies alsook de gerechtelijke toetsing in de huurprijsaanpassingsprocedure bieden vervolgens voldoende waarborgen om te verzekeren dat er geen sprake is van een schijn van partijdigheid.

2. Conclusies

Uit het enkele feit dat er sprake is van een monopolioïde verhuurder kan niet het vermoeden worden gedestilleerd dat de marktwerking is verstoord. Daarvoor zijn aanvullende omstandigheden vereist, waarover veelal pas geoordeeld kan worden nadat de BHAC heeft geadviseerd over de referentiehuren. Er lijkt in ieder geval geen deugdelijke reden om op voorhand eventuele referentiepanden in eigendom bij de monopolioïde verhuurder buiten beschouwing te laten.