

# De betekenis van artikel 7:308 BW in de praktijk

mr. K. Keij<sup>1</sup>

Op basis van art. 7:308 BW geldt dat indien een verhuurder voordeel geniet – nadat hij de huurovereenkomst heeft opgezegd –, omdat in het gehuurde een bedrijf wordt uitgeoefend gelijksoortig aan dat van de voormalig (bevoegde onder)huurder, deze laatste partij aanspraak kan maken op een naar redelijkheid te berekenen vergoeding. In de Memorie van Toelichting bij de voorloper van art. 7:308 BW<sup>2</sup> stelde de wetgever dat het in de praktijk geregeld voorkomt dat een verhuurder aan het einde van de huur voordeel geniet, omdat in het pand een goedlopend bedrijf gevestigd is geweest.<sup>3</sup> Het is de vraag of dit (nog) wel zo is. In twee eerder in dit tijdschrift verschenen artikelen, in 2008<sup>4</sup> en 2013,<sup>5</sup> werd geconstateerd dat er weinig jurisprudentie was verschenen met betrekking tot art. 7:308 BW, terwijl (de voorloper van dit artikel) reeds geruime tijd in ons wetboek aanwezig is.<sup>6</sup> In 2013 (en 2008) was de auteurs slechts één uitspraak bekend, waarin een vergoeding op basis van art. 7:308 BW werd toegewezen. Beide auteurs kwamen tot de conclusie dat het voor een huurder – zacht gezegd – niet eenvoudig is om met succes een vergoeding op basis van art. 7:308 BW te vorderen. Dit terwijl de hierboven genoemde toelichting van de wetgever impliceert dat de wetgever er bij de invoering van dit artikel vanuit ging dat regelmatig (succesvol) van artikel 7:308 BW gebruik zou kunnen worden gemaakt. In dit artikel zal daarom nader worden bezien wat de betekenis van artikel 7:308 BW (nog) is voor de huurrechtpraktijk. In dit kader zal na een inleiding over de achtergrond van art. 7:308 BW worden ingegaan op hoe het inmiddels, bijna tien jaar na de laatste publicatie in dit tijdschrift over 7:308 BW, met de rechtspraak hierover is gesteld. Aan de hand van rechtspraak uit de laatste tien jaar, zal worden nagegaan of en hoe dit artikel wordt toegepast. Hoewel (een stuk) ouder, kan niet voorbij worden gegaan aan de enige gepubliceerde uitspraak waarin het beroep van de gewezen huurder op 7:308 BW wel werd gehonoreerd: een arrest van de Hoge Raad uit 1987.<sup>7</sup> Vervolgens zal een korte vergelijking worden gemaakt tussen art. 7:308 BW en de indeplaatsstellingsregeling van art. 7:307 BW, waarna zal worden ingegaan op de conclusies van de analyse van het gebruik van art. 7:308 BW in de praktijk.

## 1. Achtergrond

Het huidige systeem van huurbescherming voor huurders van bedrijfsruimte ex art. 7:290 BW stamt uit de periode van na de tweede wereldoorlog.<sup>8</sup> De

wens tot bescherming van huurders werd ingegeven door de aanwezigheid van kleine winkeliers, die voor hun levensonderhoud afhankelijk waren van de gehuurde bedrijfsruimte. Deze winkeliers investeerden in de bedrijfsruimte om te kunnen voldoen aan de wensen van hun klanten. Bovendien zou een verhuizing naar een andere locatie 'niet geringe' kosten meebrengen.<sup>9</sup> Hiernaast zou een verhuizing ook gevolgen hebben voor de klantenkring van de huurder: bij een verplaatsing van het bedrijf naar een andere locatie, zou de huurder (gedeeltelijk) opnieuw moeten beginnen met het opbouwen van een klantenkring.

Het met zekerheid blijvend beschikken over de gehuurde bedrijfsruimtes was voor huurders in de meeste gevallen, in de woorden van de wetgever, van levensbelang.<sup>10</sup> Tegenover deze door een huurder gewenste zekerheid, staat de vrijheid van een verhuurder om te beschikken over diens eigendom. Huur is een eindig recht en hiermee dient een huurder rekening te houden. Dit wordt in de wetsgeschiedenis ook erkend: *"Men zou trouwens kunnen stellen, dat de huurder het risico dat door hem gekweekte goodwill zou*

1. Katja Keij is advocaat bij BRICKS Advocaten en tevens redacteur van dit tijdschrift.
2. In 1971 ingevoerd als art. 1636 BW en in 1981 vernummerd tot art. 7A:1635a BW.
3. *Kamerstukken II 1966/67*, 8875, 3, p. 9 (MvT).
4. J. Winter-Bossink, 'Een gewezen huurder moet zich na een verwijzing naar artikel 7:308 BW in een huurbeëindigingsuitspraak niet te snel rijk rekenen', *TvHB 2008/3*, UDH:TVHB/6924, p. 95-99.
5. J.W.H. Oudelaar, 'Art. 7:308 BW: het ondergeschoven kindje', *TvHB 2013/3*, UDH:TVHB/10535, p. 139-144.
6. De voorloper van art. 7:308 BW, art. 7A:1635a BW, luidde grotendeels hetzelfde als het huidige art. 7:308 BW. Het enige verschil tussen beide bepalingen is dat in het huidige artikel ook de onderhuurder aan wie bevoegdlijk is onderverhuurd expliciet wordt benoemd in die zin dat ook deze onderhuurder aanspraak kan maken op de naar billijkheid te berekenen vergoeding.
7. HR 10 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC6791, NJ 1988, 19 (*Oppel / de Vries II*).
8. Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van de totstandkomingsgeschiedenis: J.L.R.A. Huydecoper, 'Ontwikkelingen in het huurrecht – waren die er maar!', lezing ter gelegenheid van het VHA-lustrumcongres d.d. 12 oktober 2012, *WR 2012/140*.

9. *Kamerstukken II 1966/67*, 8875, 3, p. 9 (MvT).
10. *Kamerstukken II 1966/67*, 8875, 3, p. 6 (MvT).

vervluchten, door het betrekken van een huurpand op zich heeft genomen." Maar, zo stelt de wetgever, voor een voorziening van beperkte aard is wel reden aanwezig.<sup>11</sup> De wetgever schetst de situatie als volgt:

*"Het komt in de praktijk geregeld voor dat een verhuurder aan het einde van de huur voordeel geniet, omdat in het pand een goed lopend bedrijf gevestigd is geweest. Hij zal het pand op gunstiger voorwaarden kunnen verhuren aan een huurder die er een gelijksoortig bedrijf in wil vestigen; hij kan ook zelf een gelijksoortig bedrijf in het pand beginnen en daarbij profiteren van de klantenkring van de oude huurder; van de nieuwe huurder die daarvan op gelijke wijze kan genieten, zal hij eveneens vaak een hogere huurprijs, of soms zelfs een bedrag ineens kunnen bedingen."*

De wetgever heeft dus specifiek willen voorzien in de situatie dat de verhuurder voordeel geniet van zijn opzegging, door het gehuurde vervolgens te (laten) gebruiken voor een soortgelijk bedrijf als het bedrijf dat de huurder daarin exploiteerde. Dit is een situatie die volgens de wetgever 'geregeld' voorkomt. Zoals aangegeven is het evenwel sterk de vraag of die situatie wel zo geregeld voorkomt en – zelfs indien dit het geval is – of een huurder dan iets heeft aan art. 7:308 BW. Om dit nader te bezien, zullen de vereisten voor een geslaagd beroep op art. 7:308 BW worden nagelopen en worden besproken aan de hand van de (summiere) rechtspraak uit de laatste tien jaar.

## 2. Alleen in geval van opzegging door de verhuurder

De aanspraak op een vergoeding ex art. 7:308 BW bestaat alleen als de huurovereenkomst eindigt door een opzegging door de verhuurder en niet in het geval de huurovereenkomst op een andere wijze eindigt, zoals bijvoorbeeld door ontbinding.<sup>12</sup> De grond waarop de verhuurder de huur opzegt doet niet ter zake, al is denkbaar dat een opzegging wegens slechte bedrijfsvoering zal leiden tot een lagere vergoeding.<sup>13</sup>

Een huurovereenkomst eindigt als gevolg van een opzegging door de verhuurder alleen indien i) de rechter het einde van de huurovereenkomst vaststelt in een beëindigingsprocedure of ii) indien de huurder met de beëindiging instemt.<sup>14</sup> Het is voor een beroep op art. 7:308 BW niet nodig dat een beëindigingsprocedure wordt gevoerd. De huurder kan ook aanspraak maken op de vergoeding indien hij met de beëindiging heeft ingestemd.<sup>15</sup>

Anders dan in het geval de huurder met de beëindiging wegens de opzegging door de verhuurder instemt, geldt dat een beroep op art. 7:308 BW niet opgaat in geval van opzegging door de huurder. Alsdan worden partijen geacht overeenstemming te hebben bereikt over een eventuele vergoeding in dit kader, ongeacht of dit feitelijk het geval is.<sup>16</sup> Ook in het geval van een beëindiging met wederzijds goedvinden heeft een huurder geen recht op een vergoeding op grond van art. 7:308 BW.

Het is derhalve van belang dat aan de beëindiging een opzegging door de verhuurder ten grondslag ligt. Niet zelden zullen partijen na een opzegging door de verhuurder overeenstemming bereiken over de beëindiging van de huurovereenkomst, doordat de huurder met die opzegging instemt. Deze instemming wordt in de praktijk veelal vastgelegd in een (vaststellings- en) beëindigingsovereenkomst, waarin wordt overeengekomen dat de huurovereenkomst eindigt met wederzijds goedvinden ex art. 7:293 lid 3 BW, al dan niet na intrekking van de opzegging door de verhuurder. Ook kan het bijvoorbeeld voorkomen dat de verhuurder aankondigt de huurovereenkomst te zullen opzeggen, maar partijen vervolgens – voordat de opzegging daadwerkelijk is gedaan – overeenstemming bereiken over het beëindigen van de huurovereenkomst. Hoewel in beide gevallen (het voornemen tot) een opzegging door de verhuurder aan de beëindiging ten grondslag ligt, eindigt de huurovereenkomst uiteindelijk niet op grond van een opzegging door de verhuurder. Dit betekent dat voor de huurder het risico bestaat dat een beroep op art. 7:308 BW niet langer mogelijk is. Het is voor een huurder aldus van belang om hier bij de wijze van vastlegging van de beëindiging van de huurovereenkomst rekening mee te houden.

In de (summiere) rechtspraak, lijkt hier overigens relatief soepel mee te worden omgegaan. Het Hof Amsterdam beoordeelde een kwestie waarin partijen een beëindigingsovereenkomst hadden gesloten, waarin niet werd benoemd dat de huurovereenkomst eindigde door opzegging van de verhuurder en waarin partijen finale kwijting waren overeengekomen.<sup>17</sup> Zowel het hof als de kantonrechter in eerste aanleg<sup>18</sup> oordeelden dat dit niet in de weg stond aan een beroep van de gewezen huurder op art. 7:308 BW. Dit nu aan die beëindiging een opzegging van de verhuurder ten grondslag had gelegen (ook al stond dat voor zover bekend niet expliciet in de beëindigingsovereenkomst). Art. 7:308 BW is immers ook van toepassing als de huurder met de opzegging instemt. Voor wat betreft de finale kwijting oordeelde het hof dat uit de tussen partijen gesloten overeenkomst bleek dat die niet mede zag op de in de

11. Kamerstukken II 1966/67, 8875, 3, p. 9 (MvT).

12. Kamerstukken II 1966/67, 8875, 3, p. 16 (MvT).

13. Zie bijv. Winter-Bossink, TvHB 2008/3, UDH:TvHB/6924, p. 96.

14. Art. 7:295 lid 1 BW.

15. Kamerstukken II 1969/70, 8875, 6, p. 12 (MvA).

16. Kamerstukken II 1969/70, 8875, 6, p. 12 (MvA).

17. Hof Amsterdam 26 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3900.

18. Ktr. Noord-Holland 24 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11974.

procedure gevorderde goodwill. Hierover stond namelijk expliciet opgenomen dat partijen elkaar over en weer volledige (finale) kwijting gaven, "*ten aanzien van personeel en hierbij overgedragen en specifiek benoemde activa (...)*". Ook deze afspraak stond aan een vergoeding ex art. 7:308 BW derhalve niet in de weg.<sup>19</sup>

Het vereiste dat de huurovereenkomst moet zijn geëindigd door een opzegging door de verhuurder lijkt relatief eenvoudig. Toch komt uit de jurisprudentie naar voren dat het op dit punt geregeld misgaat. In een aanzienlijk deel van de uitspraken over dit onderwerp dat de afgelopen tien jaar is gepubliceerd, wordt de vordering ex art. 7:308 BW, zonder veel omhaal, afgewezen omdat de huurovereenkomst niet is geëindigd, althans niet is geëindigd door een opzegging door de verhuurder.<sup>20</sup> In één zaak was zelfs geen sprake van huur.<sup>21</sup>

### 3. Gelijksortig bedrijf

Het gaat bij art. 7:308 BW om voordeel dat de verhuurder verkrijgt, nadat in het gehuurde een bedrijf wordt uitgeoefend dat gelijksortig is aan het bedrijf van de voormalig (onder)huurder. Dit voordeel wordt geacht alleen te bestaan als de bedrijfsruimte binnen een jaar na het eindigen van de huurovereenkomst voor een gelijksortig bedrijf wordt gebruikt. Indien meer dan een jaar is verstreken sinds het eindigen van de huurovereenkomst, wordt de verhuurder niet langer geacht voordeel te behalen uit de voorgaande exploitatie door de huurder.<sup>22</sup> Volgens de wetgever blijft de klantenkring gedurende een langere onderbreking dan een jaar, niet in stand. Wat er precies moet worden verstaan onder een 'gelijksortig' bedrijf, is in de rechtspraak (vooral nog) niet verder uitgewerkt. Het is goed denkbaar dat het moet gaan om eenzelfde soort onderneming, bijvoorbeeld een hotel, een bakkerij of een restaurant, met dezelfde categorie klanten. Zo zal een goedkoop en eenvoudig hotel, in mijn beleving niet een gelijksortig bedrijf zijn als een duur hotel, met allerhande luxe voorzieningen. Deze hotels zullen niet dezelfde gasten aantrekken, zodat niet goed is in te zien hoe er voordeel zoals bedoeld in art. 7:308 BW zou kunnen worden behaald als gevolg van het eerder in het gehuurde uitgeoefende bedrijf.

Het vereiste dat het gehuurde voor een gelijksortig bedrijf wordt gebruikt, heeft tot gevolg dat de vordering niet gedurende een beëindigingsprocedure kan worden ingesteld. Ten tijde van de beëindigingsprocedure oefent immers in beginsel de huurder nog een bedrijf uit in de bedrijfsruimte en is van enig voordeel door het uitoefenen van een gelijksortig bedrijf door een ander (nog) geen sprake.<sup>23</sup> De vordering tot veroordeling van de verhuurder tot betaling van een voorschot op de vergoeding ex art. 7:308 BW, ingesteld gedurende de beëindigingsprocedure, werd door het Hof Arnhem-Leeuwarden dan ook afgewezen.<sup>24</sup> Ook de Kantonrechter Noord-Nederland wees de vordering van de huurder tot een vergoeding ex art. 7:308 BW af, nu deze was ingesteld, terwijl de huurovereenkomst nog niet was geëindigd.<sup>25</sup>

### 4. Voordeel

Voorts moet sprake zijn van door de verhuurder genoten voordeel (en dus niet door een nieuwe (onder)huurder genoten voordeel). Het gaat erom dat de verhuurder *door zijn opzegging* wordt verrijkt, omdat er daarna een gelijksortig bedrijf in het gehuurde wordt uitgeoefend. Een voordeel voor de nieuwe huurder, biedt aldus geen grond voor een vergoeding ex art. 7:308 BW.

Hoewel de vergoeding van art. 7:308 BW dikwijls wordt aangeduid als een vergoeding voor goodwill, is dit strikt genomen niet juist. Goodwill is – in de woorden van de Hoge Raad – de feitelijke mogelijkheid om winst te behalen: datgene waardoor een bedrijf waarde krijgt die uitstijgt boven de som der afzonderlijke delen.<sup>26</sup> Het voordeel ex art. 7:308 BW is evenwel breder. Het gaat om ieder aan de ondernemersactiviteit van de voormalig huurder toe te schrijven voordeel, dat de verhuurder geniet van het feit dat het voormalig gehuurde voor uitoefening van een soortgelijk bedrijf wordt gebezigd. Dit voordeel van de verhuurder kan dan ook bestaan uit bijvoorbeeld geringere aanloop-, advertentie- en acquisitiekosten, het reeds beschikken over een geregelde klantenkring en het voortbouwen op, respectievelijk

19. De vordering ex art. 7:308 BW werd uiteindelijk overigens niet toegewezen. Op de reden hiervan zal later in dit artikel worden ingegaan.

20. Hof Den Haag 12 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:15; Hof Arnhem-Leeuwarden 15 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10450; Hof 's-Hertogenbosch 19 mei 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1595; Ktr. Noord-Holland 7 juli 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:5506; Ktr. Midden-Nederland 16 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2244; Ktr. Rotterdam 27 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:699.

21. Hof Amsterdam 7 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2149.

22. *Kamerstukken II 1969/70, 8875, 6, p. 13 (MvA).*

23. Dit zou wellicht anders kunnen zijn, indien de huurovereenkomst in eerste aanleg is beëindigd en de verhuurder gedurende een hoger beroep reeds een gelijksortig bedrijf in het gehuurde is gaan exploiteren. Dit zal evenwel een uitzondering zijn, nu de beëindiging van een huurovereenkomst als hoofdregel niet uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard.

24. Hof Arnhem-Leeuwarden 21 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2422.

25. Ktr. Noord-Nederland 14 april 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:1750 (tussenvonnis). Hoewel de Kantonrechter in dit tussenvonnis reeds overwoog dat deze vordering voor afwijzing gereedlag nu de huurovereenkomst nog niet was geëindigd, was hij wel bereid om ter gelegenheid van een comparitie van partijen te onderzoeken of partijen op dit onderdeel een regeling in der minne konden bereiken (zie r.o. 15).

26. HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0748, NJ 2003, 342, r.o. 3.2.1.

uitbouwen van, de reputatie en het vertrouwen van het bedrijf. Indien de verhuurder kosten heeft moeten maken om dit voordeel te kunnen behalen, is het de vraag in hoeverre van een 'voordeel' nog sprake is. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat de verhuurder het gehuurde weliswaar voor een hogere huurprijs heeft kunnen verhuren, maar dit alleen heeft kunnen doen in combinatie met een huurkorting of een (andere) incentive. In dat geval is van een voordeel en dus van een vergoeding geen sprake, nu de kosten in verband staan met de hogere huurprijs. Alsdan kan de huurkorting van het voordeel worden afgetrokken. Dit is anders indien de huurkorting (of andere incentive) los staat van het genoten voordeel. Alsdan heeft dit geen gevolgen voor een eventuele vergoeding. Het kan immers goed zijn dat een verhuurder bij aanvang van de huurovereenkomst bijvoorbeeld altijd één maand huurvrij verstrekt. Indien de verhuurder in die situatie voordeel geniet van zijn opzegging, doordat hij het gehuurde vervolgens voor een hogere prijs kan verhuren aan een nieuwe huurder, dan staat die huurvrije maand los van het voordeel. Deze huurvrije maand had de verhuurder immers hoe dan ook verstrekt, ook al zou een lagere huurprijs gelden. Deze 'kosten' staan in geen verband met het door de verhuurder al dan niet behaalde voordeel. Onder die omstandigheden dient de huurvrije maand niet van dit voordeel te worden afgetrokken en bedraagt het voordeel van de verhuurder de (volledige) verhoging van de huurprijs, die te danken is aan het door de gewezen huurder in het gehuurde geëxploiteerde bedrijf.

Ook de omstandigheid dat de huurder een vergoeding ontvangt van de nieuwe huurder, doet aan het eventuele door de verhuurder behaalde voordeel niet af en staat aan een vordering van de gewezen huurder ex art. 7:308 BW niet in de weg. Denkbaar is dan overigens wel, dat de 'naar billijkheid te berekenen' vergoeding, lager zal uitvallen indien de gewezen huurder reeds is gecompenseerd door de nieuwe huurder, dan indien de gewezen huurder niet door een nieuwe huurder zou zijn gecompenseerd. Aangezien de vergoeding 'naar billijkheid' dient te worden berekend, lijkt deze omstandigheid immers te kunnen worden meegewogen.

#### 4.1. Oppel/De Vries II

Een bespreking van 'het voordeel' is te vinden in het enige (gepubliceerde) geval waarin een vergoeding ex art. 7:308 BW werd toegewezen: het arrest van de Hoge Raad van 10 april 1987.<sup>27</sup>

De casus was als volgt. De huurder, Oppel, exploiteerde sinds 1963 een hotel met de naam 'Zeezicht' in een van De Vries gehuurde bedrijfsruimte in Egmond aan Zee. Voor de komst van Oppel (en een

voorgaande huurder) exploiteerde De Vries het gehuurde zelf en in 1972 zei De Vries de huur op, omdat zijn zoon het gehuurde wilde gaan gebruiken. Deze zoon ging vervolgens, met de echtgenoot van De Vries, zelf eveneens een hotel exploiteren, met de naam 'Zeezicht'. Oppel vorderde een vergoeding ex art. 7:308 BW, nu in het gehuurde eenzelfde soort bedrijf werd geëxploiteerd als Oppel deed en De Vries daarvan, volgens Oppel, voordeel genoot. De vordering van Oppel werd in eerste instantie afgewezen. In 1980 oordeelde de Hoge Raad dat de rechtbank de betekenis van het woord 'voordeel' had miskend. De Hoge Raad introduceerde daarom de hiervoor al genoemde definitie: "*ieder voordeel – mits toe te schrijven aan de ondernemersactiviteit van de huurder – dat de verhuurder niet zou hebben genoten als het goed niet voor de uitoefening van een soortgelijk bedrijf zou zijn gebezigd.*"<sup>28</sup>

De zaak werd vervolgens terugverwezen naar het hof, dat een onderzoek door een deskundige gelastte. Deze deskundige moest, aldus het hof, de vraag beantwoorden welk voordeel, toe te schrijven was aan de activiteiten van de huurder als ondernemer/exploitant, de verhuurder genoot ten gevolge van het feit dat de nieuwe huurders, een bestaand horecabedrijf in het gehuurde hadden voortgezet. Het hof ging er hierbij kennelijk vanuit dat het voordeel van de nieuwe huurders, was toe te schrijven aan de verhuurder. Met A-G Mok<sup>29</sup> (deze kwestie kwam namelijk uiteindelijk wederom bij de Hoge Raad terecht) deel ik de opvatting dat dit zal zijn toe te schrijven aan de nauwe band tussen de verhuurder en de nieuwe huurders, te weten diens zoon en echtgenote.

De deskundige diende in het bijzonder na te gaan of en zo ja tot welk bedrag voordeel zou zijn verkregen door "*a. geringere aanloop-, advertentie- en acquisitiekosten; b. het reeds van het begin van de bedrijfsuitoefening af door de nieuwe huurders beschikken over een geregelde klantenkring; c. het kunnen voortbouwen op — resp. uitbouwen van — de reputatie en het vertrouwen van het bedrijf*". Van belang was dat de deskundige tevens diende na te gaan of in dat verband betekenis toekwam aan onder meer het feit dat de nieuwe huurders het bedrijf voortzetten onder dezelfde naam als Oppel dat deed en aan de aard en ligging van het gehuurde.

De deskundige kwam tot de conclusie dat de voortzetting onder dezelfde naam altijd voordeel met zich brengt, maar dat dit voordeel in dit geval werd getemperd doordat Oppel 'het geheel' zou hebben verwaarloosd. De slotsom: het voordeel bedroeg (aldus de deskundige) f 5.000,-.

Toch wees het hof de vordering van Oppel af. De bedrijfsvoortzetting onder dezelfde naam was volgens

27. Met vindplaats ECLI:NL:HR:1987:AC6791, NJ 1988/19 (*Hotel Zeezicht II*).

28. HR 18 januari 1980, NJ 1980, 349 (*Hotel Zeezicht I*)

29. HR 10 april 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC6791, NJ 1988/19 (*Hotel Zeezicht II*).

het hof niet een voordeel dat aan de ondernemersactiviteit van Oppel was toe te schrijven. Het hof vat hiermee de definitie van de Hoge Raad derhalve erg strikt op. Te strikt, aldus de Hoge Raad, die in het tweede cassatieberoep oordeelde dat het in grote mate waarschijnlijk is dat het voordeel dat voortvloeit uit voortzetting onder dezelfde naam, aan de activiteit van de huurder was toe te schrijven.<sup>30</sup> De Hoge Raad deed de zaak vervolgens zelf af en stelde het voordeel vast op het door de deskundige geadviseerde bedrag van f 5.000,-.

#### 4.2. Toepassing

Ondanks dat de Hoge Raad de definitie van 'voordeel' heeft verbreed ten opzichte van uitsluitend de definitie van 'goodwill', blijkt het in de praktijk niet gemakkelijk om aan te tonen dat dergelijk voordeel is genoten. De wetgever stelde al dat *"een werkelijk exacte berekening daarvan vaak op moeilijkheden zal stuiten."*<sup>31</sup> Dit blijkt evenwel niet alleen te gelden voor een 'exacte berekening', maar voor elke vorm van vaststelling van een voordeel.

De huurder heeft allereerst geen invloed op een eventuele aanspraak op een vergoeding. Of er als gevolg van zijn bedrijf in het voormalige gehuurde nu wel of niet sprake is van potentieel voordeel, het gaat erom of de verhuurder dit potentieel ook benut. Het is denkbaar dat er potentieel voordeel valt te behalen vanwege de door de huurder opgebouwde goodwill, maar dat de verhuurder hier niks mee doet, bijvoorbeeld omdat hij of een derde de bedrijfsruimte voor iets anders gaat gebruiken. Er is alsdan geen sprake van verkregen voordeel, zodat de huurder geen recht heeft op een billijke vergoeding.<sup>32</sup>

Voorts is het niet noodzakelijk dat de verhuurder zelf de door de huurder opgebouwde 'goodwill' benut. Dit kan ook worden gedaan door een nieuwe huurder. Ook dan kan evenwel voordeel bestaan voor de verhuurder. Zo zou de verhuurder bijvoorbeeld voordeel kunnen genieten door een hogere huurprijs of een hogere prijs bij verkoop van het gehuurde. Maar hoe kan dit voordeel worden vastgesteld? Een verhuurder zal zich bijvoorbeeld kunnen beroepen op veranderde marktomstandigheden, waardoor huurprijs of verkoopprijs hoger is geworden.

Daar komt nog bij dat enig voordeel vanwege de aard of ligging van de bedrijfsruimte of daaraan aanbrengende veranderingen buiten beschouwing blijven. Om die reden wees de Hoge Raad de vordering van een huurder van een porseleinwinkel, gelegen bij een fabriekscomplex, af, omdat de goodwill/winstcapaciteit van de in het gehuurde geëxploiteerde winkel afhankelijk was van de toeloop en

bezoekers van de bezienswaardigheden en attracties van het fabriekscomplex.<sup>33</sup> Die zijn niet toe te schrijven aan de ondernemersactiviteit van de gewezen (onder)huurder. Hetzelfde geldt voor veranderingen en toevoeging die de huurder aan de bedrijfsruimte heeft gedaan.<sup>34</sup>

De moeilijkheid om daadwerkelijk een vergoeding te krijgen is ook terug te zien in de rechtspraak. Er is een aantal zaken verschenen waarin de vordering van de gewezen huurder werd afgewezen, wegens (onder meer) een (totaal) gebrek aan onderbouwing.<sup>35</sup>

In een andere zaak hing het voordeel samen met de locatie.<sup>36</sup> Los van het feit dat geen sprake was van een opzegging, overwoog het hof dat uit het tweede lid van artikel 7:308 BW volgt dat een voordeel dat samenhangt met een zicht- of A-locatie, toekomt aan de verhuurder. Het hof gaat hier verder niet op in, wellicht nu art. 7:308 BW reeds niet van toepassing is doordat de huurovereenkomst niet is geëindigd door opzegging.

In slechts een tweetal gepubliceerde uitspraken uit de afgelopen tien jaar, in één en dezelfde kwestie, werd daadwerkelijk inhoudelijk ingegaan op de vordering van de gewezen huurder. De Kantonrechter Noord-Holland<sup>37</sup> en het Hof Amsterdam<sup>38</sup> oordeelden over een kwestie waarin de huurder aanvoerde dat de verhuurder voordeel genoot van maar liefst € 976.667,-. Het ging om een Seal & Go concept op Schiphol. In eerste aanleg oordeelde de kantonrechter dat het op de weg van de huurder lag om te stellen en zo nodig te bewijzen dat zijn ondernemersactiviteiten de verhuurder voordeel hadden opgeleverd. Daaraan was in dit geval volgens de kantonrechter niet voldaan. De verhuurder exploiteerde het concept immers eerst zelf en de huurder had dit reeds door de verhuurder opgebouwde bedrijf verder kunnen uitbouwen. Er was voorts niet alleen sprake van een huurrelatie, maar ook van een franchiserelatie. Dit laatste impliceerde, volgens de kantonrechter, een vorm van samenwerking, waarbij de verhuurder als franchisenemer betrokken is bij de exploitatie van het concept door de huurder. Bovendien was de aard van de onderneming bijzonder door de vestiging op Schiphol en het ontbreken van concurrentie. Om die redenen was volgens de kantonrechter de exploitatie van het gehuurde in hoge mate, zo

30. HR 10 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:ZC3744, NJ 1988/19 (*Hotel Zeezicht II*).

31. *Kamerstukken II* 1969/70, 8875, 6, p. 16 (MvA).

32. Vgl. ook HR 11 oktober 1985, NJ 1986, 105 (*Reynders/De Porceleynse Fles*).

33. HR 11 oktober 1985, NJ 1986, 105 (*Reynders/De Porceleynse Fles*).

34. Daarvoor bestaat een andere regeling 7:216 lid 3 jo 6:212 BW.

35. Ktr. Noord-Holland 7 juli 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:5506; Ktr. Noord-Holland 10 maart 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4126; Ktr. Rotterdam 27 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:699.

36. Hof Den Haag 12 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:15.

37. Ktr. Noord-Holland 24 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11974.

38. Hof Amsterdam 26 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3900.

niet uitsluitend, afhankelijk van de aard en de ligging van het gehuurde. Weliswaar had de huurder met stukken onderbouwd dat de omzet in de periode dat zij het gehuurde exploiteerde sterk was toegenomen, maar zij had niet onderbouwd dat dit het gevolg was van haar ondernemersactiviteiten. Deze groei leek voornamelijk te zijn veroorzaakt door een groeiend aantal luchtvaartpassagiers.

Voor wat betreft de geringere verwervings- en opleidingskosten voor personeel en geringere investeringskosten oordeelde de kantonrechter dat het voordeel niet zozeer was gelegen in de omstandigheid dat het gehuurde voor dezelfde bedrijfsvoering werd gebezigd, maar in het feit dat de verhuurder personeel en roerende zaken van de huurder had overgenomen én hiervoor ook een overnamesom had betaald. Voor de besparingen op opstartverliezen oordeelde de kantonrechter dat de verhuurder deze kosten heeft kunnen besparen door de onderneming going concern over te nemen (net als de huurder bij aanvang) die veeleer het gevolg was van de overname van personeel en roerende zaken, waarvoor de verhuurder al had betaald. Geringere aanloop-, acquisitie en reclamekosten, veronderstellen een vaste klantenkring, die ontbrak. Dus oordeelde de kantonrechter dat de vordering onvoldoende was onderbouwd. Het enige voordeel was het gevolg van aard en locatie van het gehuurde. Er werd derhalve geen vergoeding ex art. 7:308 BW toegekend.

De voormalige huurder ging in hoger beroep. Ook het hof wees de vordering af. Het voordeel bestond volgens appelland uit de door hem opgebouwde goodwill, extra omzet en andere voordelen, zoals besparing van opstartkosten, acquisitie- en reclamekosten, besparing van verwervings- en opleidingskosten van personeel en van investeringskosten. De voormalige huurder had evenwel onvoldoende onderbouwd, dat dit voordeel aan zijn ondernemersactiviteiten kon worden toegeschreven. De huurder had volgens het hof slechts in algemene bewoordingen door haar doorgevoerde verbeteringen en ontwikkelde marketingactiviteiten benoemd, zonder hiervoor enige concrete onderbouwing te geven of bewijsstukken, bijvoorbeeld in de vorm van contracten. De vordering ex art. 7:308 BW werd daarom, ook in hoger beroep, afgewezen.

## 5. Indeplaatsstelling

Zoals uit het voorgaande volgt, wordt een vordering ex art. 7:308 BW nagenoeg nooit toegewezen. Regelmatig wordt een dergelijke vordering afgewezen omdat niet aan de vereisten voor een beroep ex art. 7:308 BW wordt voldaan (doorgaans omdat de vordering te vroeg is ingesteld). Evenwel zal ook indien een situatie zoals bedoeld in art. 7:308 BW wel aan de orde is, het niet eenvoudig zijn om aan te tonen dat dergelijk voordeel is genoten, als gevolg waarvan de vordering alsnog niet wordt toegewezen. Dit leidt tot de situatie dat een huurder diens goodwill zal verliezen bij het einde van de huurovereenkomst. Hoewel de vordering ex art. 7:308 BW immers geen

directe vordering tot vergoeding van goodwill betreft, kan een huurder (in theorie) zijn verloren goodwill, die door de verhuurder (of een nieuwe huurder) wordt gebruikt op grond van voornoemd artikel (deels) vergoed krijgen. De wet biedt (indirect) evenwel nog een andere mogelijkheid tot het veiligstellen van goodwill, te weten de indeplaatsstelling ex art. 7:307 BW. Een huurder die het door hem in het gehuurde uitgeoefende bedrijf wenst over te dragen aan een derde kan op basis van art. 7:307 BW vorderen dat hij gemachtigd wordt om die derde in zijn plaats als huurder te stellen, in het geval de verhuurder hieraan geen medewerking verleent. Dit zodat de voor de huurder uit de huurovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen aan die derde worden overgedragen. Bij de verkoop van diens onderneming zal doorgaans door de rechtsopvolgend huurder tevens voor de goodwill worden betaald, zodat de huurder diens goodwill op deze wijze kan verzilveren. Hoewel het verzilveren van de goodwill via de weg van indeplaatsstelling ex art. 7:307 BW vanuit een hele andere situatie plaatsvindt dan via een beroep op art. 7:308 BW, is het interessant om kort naar deze verschillende mogelijkheden te kijken.

Voor een geslaagd beroep op art. 7:307 BW is onder meer vereist dat er sprake is van een daadwerkelijke overdracht van het in het gehuurde uitgeoefende bedrijf (denk aan overdracht van inrichting, personeel, voorraden en (bijvoorbeeld ict- en leverings-) overeenkomsten). Slechts de overdracht van goodwill (en de huurrechten) is (dan ook) niet voldoende voor een geslaagd beroep op indeplaatsstelling.<sup>39</sup> In tegenstelling tot de vordering ex art. 7:308 BW, wordt aan de vereisten van art. 7:307 BW in de praktijk geregeld voldaan.<sup>40</sup> De regeling ter zake indeplaatsstelling is ingevoerd met de gedachte om het de huurder mogelijk te maken een oudedagsvoorziening te treffen.<sup>41</sup>

In geval van een indeplaatsstelling heeft de verhuurder de huurovereenkomst niet opgezegd, maar loopt deze juist door. Een essentieel verschil tussen een beroep op art. 7:307 BW en een beroep op art. 7:308 BW is dan ook dat bij een beroep op art. 7:307 BW de huurovereenkomst wordt voortgezet en deze dus niet eindigt door een opzegging van de zijde van de verhuurder.

Desalniettemin is zowel het 'verzilveren' van de goodwill door de vertrekkende huurder zowel via de weg van art. 7:307 BW, als via een beroep op art. 7:308 BW gericht op de situatie dat gebruik wordt gemaakt van de opgebouwde goodwill, derhalve van het voordeel dat door de vertrekkende huurder is opgebouwd en dat door de verhuurder of een nieuwe huurder wordt gebruikt. In het geval van art. 7:307 BW wordt (doorgaans) voor de goodwill betaald door de koper van de onderneming, die de onderneming zal voortzetten.<sup>42</sup> In het geval van art. 7:308 BW

39. Hof Den Haag 31 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ6647.

40. Zie Van Schie, *Groene Serie Huurrecht*, Thematisch Commentaar, par. 2.5 Indeplaatsstelling.

41. *Kamerstukken II* 1999/00, 26 932, 3, p. 5 (MvT) en *Kamerstukken II* 2000/01, 26 089, 19, p. 51-52 (Verslag).

42. *Kamerstukken II* 1969/70, 8875, 6, p. 11 (MvA).

maakt degene die eenzelfde soort bedrijf in het gehuurde voortzet (derhalve de verhuurder of een derde) gebruik van de opgebouwde goodwill en geniet hierdoor voordeel. De gedachte bij art. 7:308 BW is dat het onredelijk is als de verhuurder voordeel geniet van de ondernemersactiviteit van de vertrekkende huurder, doordat vervolgens in het gehuurde eenzelfde soort bedrijf wordt geëxploiteerd, zonder dat voor dit verkregen voordeel is betaald.<sup>43</sup>

Bij een beroep op art. 7:308 BW, is de vordering zelf derhalve gericht op het verkrijgen van een vergoeding voor het door de verhuurder genoten voordeel, als gevolg van de door de gewezen huurder opgebouwde goodwill. De goodwill zelf, of de hoogte daarvan, staat bij de beoordeling van een vordering op grond van art. 7:307 BW niet ter discussie. Indien er sprake is van goodwill zal de markt zijn werk doen, doordat daarvoor bij de koop van de onderneming afhankelijk van het succes van het bedrijf daarvoor zal worden betaald. Zo zal voor een succesvolle onderneming waarbij de ondernemer veel waarde heeft toegevoegd aan die specifieke onderneming, meer goodwill worden betaald dan voor een onderneming waarbij de ondernemer weinig waarde aan de onderneming heeft toegevoegd en er (nagenoeg) alleen sprake is van een verkoop van de bedrijfsonderdelen. Het verzilveren van de goodwill zal dus kunnen gebeuren doordat de huurder zijn bedrijf aan een derde kan verkopen doordat de indeplaatsstelling ex art. 7:307 BW wordt toegewezen.

Om de goodwill te kunnen verzilveren via de weg van art. 7:308 BW zal de gewezen huurder dienen aan te tonen dat de verhuurder voordeel geniet door het gelijksoortige bedrijf dat hij daarvoor in het gehuurde exploiteerde. Niet alleen is het niet eenvoudig om dit aan te tonen, maar zelfs in een ideale situatie, waarbij dit kan worden aangetoond, zal het lastig zijn om vervolgens aan te tonen hoeveel dit voordeel dan belooft. Vanzelfsprekend kunnen één of meerdere deskundigen hier hun visie over geven, maar het zal niet zelden zijn dat de visies van deskundigen (substantieel) uiteen kunnen lopen. Er dienen dus twee hobbels te worden genomen om de vergoeding van de goodwill die de vertrekkende huurder meent te hebben opgebouwd, te verkrijgen via de weg van art. 7:308 BW. Indien de gewezen huurder kan aantonen dat er sprake is van de situatie zoals bedoeld in art. 7:308 BW, is de bepaling van de hoogte van het genoten voordeel de volgende hobbel die dient te worden genomen. Met andere woorden betekent dit dus dat zelfs indien is aangetoond dat er aan de vereisten uit hoofde van art. 7:308 BW is voldaan en er recht bestaat op een naar billijkheid te berekenen vergoeding, het risico bestaat dat de vergoeding die wordt toegekend erg laag is. Hierdoor zullen bij een beroep op art. 7:308 BW de kosten al snel hoger zullen zijn dan de baten, hetgeen een beroep op dit artikel niet aantrekkelijker maakt.

Een succesvol beroep op art. 7:308 BW lijkt hiermee niet snel aan de orde. Het is de vraag of de wetgever zich hiervan bij de invoering van art. 7:308 BW bewust is geweest. Het feit dat de wetgever stelt te hebben willen voorzien in een situatie die 'geregeld voorkomt', wijst hier niet op. Wel heeft de wetgever er rekenschap aan gegeven dat een exacte berekening van het door de verhuurder genoten voordeel 'vaak op moeilijkheden zal stuiten'.<sup>44</sup> De wetgever heeft dit probleem willen ondervangen door de huurder het recht te geven op een 'naar billijkheid' te berekenen vergoeding. Gelet op de huidige jurisprudentie, heeft dit evenwel geen afdoende oplossing geboden.

De vraag werpt zich dan ook op of art. 7:308 BW, althans de lastige positie die een huurder heeft om succesvol een beroep te kunnen doen op dit artikel, strookt met de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever. Het kan vanzelfsprekend ook zo zijn dat de situatie die de wetgever voor ogen heeft gehad, gewoonweg niet zo regelmatig aan de orde is als bij de invoering van dit artikel werd verwacht.

Bij een situatie die de wetgever voor ogen heeft gehad kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een onderneming die goede naamsbekendheid heeft opgebouwd in haar omgeving, zoals een restaurant, bakker of ijssalon, waar mensen voor omrijden. Indien de verhuurder na opzegging van de huurovereenkomst, vervolgens onder dezelfde naam, althans met dezelfde uitstraling, dit bedrijf als het ware voortzet (of het gehuurde aan een derde die het bedrijf voortzet verhuurt of verkoopt), zullen klanten doorgaans niet (meteen) door hebben dat sprake is van een andere exploitant en zij zullen blijven komen. Het lijkt waarschijnlijk dat de verhuurder hiervan in dat geval voordeel zou genieten en zodoende door zijn opzegging wordt 'verrijkt'. Het is dan ook denkbaar dat een dergelijke situatie (nog) voorkomt.

Hoewel de tijden zijn veranderd sinds de invoering van art. 7:308 BW en dit artikel minder goed aansluit bij de huidige situatie, is dit artikel blijkens de jurisprudentie die naar aanleiding daarvan is verschenen, nooit veel gebruikt. Het valt dan ook niet uit te sluiten dat op art. 7:308 BW (tevens) weinig een beroep wordt gedaan vanwege de lastige (bewijs)opgave waar de voormalige huurder op basis van dit artikel voor komt te staan. Mogelijk zou dit artikel met enige revisie nieuw leven kunnen worden ingeblazen, bijvoorbeeld door een bewijsvermoeden op te nemen dat de verhuurder voordeel geniet indien na zijn opzegging eenzelfde soort bedrijf in het gehuurde wordt geëxploiteerd. Daarmee is immers nog niets gezegd over de hoogte van dit voordeel, maar dit zou artikel 7:308 BW wellicht wel toegankelijker maken.

43. Kamerstukken II 1969/70, 8875, 6, p. 12 (MvA).

44. Kamerstukken II 1969/70, 8875, 6, p. 12 (MvA).

## 6. Conclusie

Een gewezen (onder)huurder kan op grond van art. 7:308 BW aanspraak maken op een vergoeding, indien de huurovereenkomst is geëindigd door opzegging door de verhuurder en indien de verhuurder voordeel geniet omdat het gehuurde vervolgens wordt gebruikt voor de uitoefening van een bedrijf, gelijksoortig aan dat van de gewezen (onder)huurder. Het voordeel mag niet voortvloeien uit de aard of ligging van het gehuurde en ook daaraan aangebrachte veranderingen blijven buiten beschouwing. Voorts wordt geen vergoeding toegekend indien het gehuurde pas na meer dan een jaar na het eindigen van de huurovereenkomst wordt gebruikt voor de uitoefening van een gelijksoortig bedrijf.

Er is in de afgelopen tien jaar weinig jurisprudentie verschenen omtrent art. 7:308 BW. In de praktijk wordt kennelijk bijna geen beroep gedaan op dit artikel en als een dergelijk beroep al wordt gedaan, leidt dit nagenoeg nooit tot een vergoeding. Uit gepubliceerde rechtspraak volgt dat slechts één keer een vergoeding ex art. 7:308 BW is toegewezen. Dit betreft het besproken arrest van de Hoge Raad waarin – na jaren procederen – een (zelfs voor het jaar waarin de uitspraak is geweest, te weten 1987) relatief kleine vergoeding werd toegewezen. In de overige rechtspraak was doorgaans ofwel niet aan de voorwaarden voor een succesvol beroep op art. 7:308 BW voldaan, ofwel was het bestaan van enig voordeel door de huurder niet of nauwelijks onderbouwd. In de enige gepubliceerde uitspraak (naast het arrest van de Hoge Raad), waarin art. 7:308 BW meer uitgebreid aan de orde kwam, deed zich een zeer specifieke situatie voor: een winkelconcept op Schiphol, zonder concurrentie, waarbij sprake was van een franchiseverhouding. Ook in deze zaak werd geen vergoeding voor goodwill toegekend.

Het lijkt er op basis van de verschenen jurisprudentie over art. 7:308 BW op dat de situatie die de wetgever bij de invoering van dit artikel voor ogen had, zich eenvoudigweg niet vaak voordoet. Het is evenwel tevens mogelijk dat de situatie zoals bedoeld in art. 7:308 BW zich in werkelijkheid vaker voordoet dan uit de verschenen jurisprudentie blijkt, maar dat uitspraken niet worden gepubliceerd of huurders weinig een beroep doen op dit artikel. De oorzaak daarvan zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat het (te) moeilijk is om aan te tonen dat de verhuurder voordeel heeft genoten. Mogelijk zou art. 7:308 BW voor de gewezen huurders toegankelijker kunnen worden gemaakt door een bewijsvermoeden dat de verhuurder in de beschreven situatie voordeel heeft genoten, waartegen de verhuurder vervolgens tegenbewijs kan (proberen te) leveren. Op dit moment lijkt art. 7:308 BW in ieder geval een nagenoeg dode letter te zijn.