

te herontwikkelen en de bestaande huurovereenkomsten daarvoor wil beëindigen. Daarbij is met name van belang de huurovereenkomsten te 'flaggen' waarvan de eerste looptijd en de eerste verleningstermijn van in totaal tien jaar (mogelijk) nog niet zijn verstreken. Deze overeenkomsten kunnen vanwege de wettelijke wachtermijn immers pas tegen het einde van die periode op grond van dringend eigen gebruik en/of de belangenafweging worden opgezegd. Van belang is dat de duur van de 'huurrelatie' niet altijd doorslaggevend is voor de duur van de 'huurovereenkomst'. De huurovereenkomst kan immers tussentijds zodanig zijn gewijzigd, dat sprake is van een nieuwe huurovereenkomst waarvoor de huurbescherming gedurende de eerste tien jaar opnieuw gaat gelden.

Ten slotte laat het onderhavige tussenarrest vanuit het perspectief van de huurder zien dat het belangrijk is dat partijen die een nieuwe huurovereenkomst wensen te sluiten, die bedoeling ook duidelijk tot uiting brengen. Op die manier voorkomt de huurder dat in een later stadium – eventueel na een overname van het gehuurde – discussie ontstaat over de vraag of hij recht heeft op de wettelijke huurbescherming voor de eerste tien jaar van de huurovereenkomst. Met name voor een huurder die omvangrijke investeringen doet in het gehuurde of die zelf verplichtingen aangaat jegens onderhuurders, is het van groot belang dat zij zich op huurbescherming kan beroepen.

Y.A. Mijhad¹⁴

TvHB 2018/15

**Rechtbank Rotterdam, sector kanton, locatie Rotterdam
2 februari 2018**

ECLI:NL:RBROT:2018:690, WR 2018/79, AR 2018/631

Huurders / Klépierre Management Nederland B.V.

Met noot V.G.J. Boumans

Samenvatting

Koop breekt geen huur, servicekostenafrekening, dwaling, wijziging huurovereenkomst

De eisers zijn allen huurders van een unit in de Markthal te Rotterdam. De gedaagde is de opvolgend verhuurder van de oorspronkelijke verhuurder met wie de huurders de huurovereenkomsten zijn aangegaan. Bij aangaan van de huurovereenkomsten is overeengekomen dat de verhuurder een aantal bijkomende leveringen en diensten zou verzorgen, waarvoor de huurders een

voorschotbedrag dienden te voldoen, waarna de werkelijke kosten jaarlijks zouden worden afgerekend met de huurders. Na opening van de Markthal bleken de werkelijke servicekosten aanmerkelijk hoger dan verwacht, zodat de huurders bij de servicekostenafrekeningen werden geconfronteerd met aanzienlijke nabetalings. De huurders stellen primair dat zij hebben gedwaald bij het aangaan van de huurovereenkomsten en subsidiair dat het volledig in rekening brengen van de werkelijke kosten naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hoewel de kantonrechter vaststelt dat geen sprake was van contractsovername op de grond van art. 6:159 BW en art. 7:226 BW in de weg staat aan een beroep op dwaling van de huurders tegen de opvolgend verhuurder, oordeelt de kantonrechter toch dat een eventuele dwaling aan de opvolgend verhuurder kan worden tegengeworpen nu sprake is van een aanvullende afspraak die tot gevolg heeft dat toch alle rechten en plichten overgaan op de opvolgend verhuurder. De kantonrechter oordeelt vervolgens dat de (opvolgend) verhuurder een mededelingsplicht heeft geschonden jegens de huurders en dat het aannemelijk is dat de huurders bij een juiste voorstelling van zaken niet op dezelfde voorwaarden zouden hebben gecontracteerd. De kantonrechter neemt aldus dwaling aan. De huurders hebben in dat kader geen vernietiging gevorderd, maar wijziging van de gevolgen van de huurovereenkomsten, ter opheffing van het nadeel. De kantonrechter wijzigt de gevolgen van de huurovereenkomsten over het verleden gedeeltelijk en laat de huurovereenkomsten naar de toekomst toe ongewijzigd voortduren.

Kantonrechter

Rodogo B.V.
gevestigd te Rotterdam
en zeventien anderen
gemachtigde: mr. R. Sekeris
tegen
Klépierre Management Nederland B.V.
gevestigd te Utrecht
gemachtigde eerst: mr. M.F.A. Evers en daarna: mr. J. van Strijen
Partijen worden aangeduid als 'de huurders' en 'Klépierre'.
(...)

2 De vaststaande feiten

Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend, dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken, alsmede op grond van de in zoverre niet weersproken inhoud van de producties, staat tussen partijen het volgende vast.

2.1 De huurders hebben allen een huurovereenkomst gesloten voor een of meer units in de markthal in Rotterdam. De huurovereenkomsten zijn gesloten met de partij die de markthal heeft ontwikkeld, Markthal Rotterdam B.V. De huurovereenkomsten behoeften goedkeuring door Corio Nederland B.V., de rechtsvoorganger van Klépierre.
2.2 Vanaf 15 juli 2015 is Klépierre eigenaar van de markthal. Klépierre heeft vanaf de datum van huringang de aan huurders te leveren diensten beheerd en de servicekosten afgewikkeld. De voorschotten servicekosten zijn door de huurders tot

14. Yacob Mijhad is advocaat bij Houthoff te Amsterdam en vaste medewerker van dit tijdschrift.

aan 15 juli 2015 aan Markthal Rotterdam B.V. betaald en vervolgens door Markthal Rotterdam B.V. aan Klépierre afgedragen.

2.3 De markthal is een in Nederland uniek concept. Het betreft (zeer kort gezegd) een permanente overdekte markt met verse en bijzondere producten, maar ook horeca.

2.4 In de huurovereenkomsten zijn – voor zover van belang – de volgende bedingen opgenomen. De artikelnummers verschillen per type huurovereenkomst, maar de tekst van de bedingen luidt steeds als volgt:

"Artikel 5 - Leveringen en diensten

5.1 Partijen komen overeen dat verhuurder bijkomende leveringen en diensten zal verzorgen en dat de aan deze leveringen en diensten verbonden kosten voor rekening van huurder zullen worden gebracht. Deze kosten zullen aan huurder worden doorberekend conform het systeem van voorschotbetalingen als opgenomen in artikel 12 AB.

5.2 Het voorschotbedrag met betrekking tot de kosten van leveringen en diensten als bedoeld in artikel 5.1 van deze overeenkomst en in artikel 12 AB bedraagt bij aanvang van de huurovereenkomst € 6.522,- per jaar (prijspijs 1 oktober 2014), te vermeerderen met omzetbelasting.

5.3 Bij aanvang van de huur zullen de hierna te noemen leveringen en diensten zijdens verhuurder worden verzorgd en via de servicekosten aan huurder worden doorbelast:

- Elektra verbruik van verlichting en de voorzieningen in publieke en algemene ruimten en van collectieve installaties;
- Schoonmaakwerkzaamheden in de Markthal, daaronder begrepen de gemeenschappelijke ruimten en met uitzondering van de voor individueel gebruik door huurders bedoelde ruimtes, glaswassing algemeen en publieke ruimten, afvoer van afval (alleen afval van de Marktvloer en de ruimte voor koeling, opslag en preparatie gelegen op niveau -1) vanuit de containerruimte op niveau -1 naar buiten alsmede (preventieve) ongedierte bestrijding in openbare ruimten;
- Onderhoud en kleine reparaties aan liften, roltrappen, gevelwasinstallaties, automatische draaideuren, sprinklerinstallatie, brandblusmiddelen, rookwarmte afvoer, beveiligingsinstallaties, noodverlichting en overige installaties;
- Glas: het vervangen van gebroken glasruiten e.d. in de gemeenschappelijke ruimten, dan wel een glasverzekering ten behoeve van algemeen glas (niet van het Gehuurde);
- (Overig) klein en dagelijks onderhoud aan de Markthal, daaronder begrepen de gemeenschappelijke ruimten en met uitzondering van de voor individueel gebruik door huurders bedoelde ruimtes, zoals omschreven in artikel 13.3 en 13.5 AB;
- facilitair marktmeester(s) (50% van de kosten wordt doorberekend via de servicekosten);
- Beveiliging, surveillance tijdens opening Marktvloer, aansluiting op meldkamer, onderhoud en kleine reparaties aan camera's en sleutelsystemen, het houden van openings- en sluitrondes, alarmop-

volging, Keurmerk Veilig Ondernemen, servicedesk;

- Telefonie ten behoeve installatie doormeldingen, Wi-Fi, bewegwijzering, lockers / opbergkluizen, wc- en douchegelegenheid voor huurders gelegen op niveau -1 van de Markthal;

- verbruik elektra, koeling en water van de Versunit en de ruimte voor koeling, opslag en preparatie gelegen op niveau -1 van de Markthal;

- keuringen, onderhoud en maatregelen met betrekking tot in de gemeenschappelijke ruimten aanwezige waterinstallaties, zoals nader omschreven in artikel 13.7 AB.

De aan huurder in rekening gebrachte kosten van leveringen en diensten worden vermeerderd met 5% administratiekosten."

"Artikel 13 - Contractoverdracht

13.1 Huurder stemt er reeds nu voor alsdan mee in dat Markthal Rotterdam B.V. ten tijde van de levering van haar eigendomsrechten met betrekking tot de Markthal aan Corio Nederland B.V. al haar rechten en plichten uit de onderhavige overeenkomst overdraagt aan Corio Nederland BV., zulks op de voet van artikel 6:159 BW."

3 De wederzijds ingestelde vorderingen

3.1 De huurders hebben in conventie gevorderd:

Primair:

I. Te verklaren voor recht dat de huurders hun huurovereenkomsten met Klépierre onder invloed van dwaling hebben gesloten;

II. Te bepalen dat de huurovereenkomsten van de huurders niet worden vernietigd, maar ter opheffing van het nadeel van de huurders te bepalen dat dat zij slechts gehouden zijn tot betaling van een bedrag aan jaarlijkse servicekosten (vanaf 2014) dat maximaal 5% – of een door de kantonrechter redelijk te bepalen percentage – afwijkt van het voorschot dat in hun huurovereenkomst is opgenomen;

III. Te verklaren voor recht dat de niet overeengekomen servicekosten (waaronder de kosten van beveiliging na sluitingstijd) van de markthal niet aan de huurders doorberekend mogen worden.

Subsidiar:

IV. Te verklaren voor recht dat het in strijd met de redelijkheid en billijkheid is om de volledige stijging van de servicekosten in rekening te brengen bij de huurders en te bepalen dat de servicekosten ten opzichte van het voorschot uit de huurovereenkomst slechts met een percentage van 10% – of een door de kantonrechter redelijk te bepalen percentage – mag afwijken;

En voorts (de kantonrechter begrijpt: zowel primair als subsidiair):

V. Klépierre te veroordelen in de kosten van dit geding, waaronder de nakosten. De huurders verzoeken de kantonrechter deze nakosten te begroten voor het geval dat het te wijzen vonnis wordt betekend alsmede voor het geval dat die betekening achterwege blijft. Voorts verzoeken de huurders de kantonrechter te veroordelen tot voldoening van de wettelijke rente over de proceskosten voor zover het betreffende bedrag niet binnen zeven dagen, althans een door de kantonrechter in goede justitie

te bepalen termijn, na betekening van het te wijzen vonnis, heeft voldaan.

3.2 Klépierre vordert (na wijziging van eis) in reconventie dat de kantonrechter, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

A) de hierna te noemen huurders veroordeelt tot betaling van de volgende bedragen:

Gedaagde sub 5 – Naturals € 2.952,73

Gedaagde sub 6 – Tapa del Toro € 15.164,34

Gedaagde sub 9 – BK Stroopwafels € 7.506,83

Gedaagde sub 11 – Yang & Chen € 11.592,78

Gedaagde sub 12 – WNH € 83.016,52

Gedaagde sub 13 – Lekker Vers & Gezond € 16.827,53

Gedaagde sub 14 – Van Beek & Specker € 2.113,17

Gedaagde sub 18 – Sumo € 22.067,67

te vermeerderen met (i) de contractuele boete ad 2% per maand wat betreft huurders sub 5, 12 en 18 en met 1% per maand wat betreft de overige huurders en (ii) de wettelijke rente, beide vanaf de respectieve vervaldatum tot aan de dag der algehele voldoening;

B) verweerders in reconventie hoofdelijk, des dat de een betaald hebbende de ander zal zijn bevrijd, veroordeelt in de kosten van de procedure in reconventie, daaronder begrepen een bedrag als salaris voor de gemachtigde van Klépierre, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 14 dagen, althans vanaf een door de kantonrechter redelijk geachte termijn, na het te wijzen vonnis, indien en voor zover zij deze kosten niet voordien hebben voldaan;

C) verweerders in reconventie hoofdelijk, des dat de een betaald hebbende de ander zal zijn bevrijd, veroordeelt in de nakosten ten bedrage van respectievelijk € 131,- zonder betekening en € 199,- met betekening, laatstbedoeld bedrag te vermeerderen met de wettelijke rente indien en voor zover zij dit niet binnen (de wettelijk vereiste termijn van) twee dagen, althans binnen een door de kantonrechter redelijk geachte termijn na betekening van het te wijzen vonnis hebben voldaan.

(...)

5 De beoordeling in conventie

5.1 Kan dwaling tegenover Klépierre worden ingeroepen?

5.1.1 De vraag die allereerst voorligt is of de huurders hun vorderingen die zijn gegrond op de stelling dat sprake is van dwaling jegens Klépierre kunnen instellen. Klépierre stelt dat dit niet het geval is, omdat zij op grond van artikel 7:226 BW verhuurder is geworden en niet op basis van artikel 6:159 BW. In het eerste geval gaan – anders dan bij contractsovername ex artikel 6:159 BW – niet alle rechten en verplichtingen over. De huurders hebben primair gesteld dat sprake is van een overdracht van het gehuurde ex artikel 6:159 BW. Subsidiair stellen de huurders dat Klépierre ook op grond van artikel 7:226 BW, althans in redelijkheid de verplichting op zich heeft genomen om de gevolgen van een eventuele dwaling bij de totstandkoming van de huurovereenkomst te dragen.

5.1.2 Omdat Klépierre heeft betwist dat sprake is van contractsovername in de zin van artikel 6:159 BW had het op de weg van de huurders gele-

gen hun standpunt te dien aanzien te onderbouwen. Met name had het op de weg van de huurders gelegen om tenminste concreet te stellen dat een (op grond van voormeld artikel vereiste) akte tussen Markthal Rotterdam B.V. en Klépierre bestaat. Klépierre heeft betwist dat een dergelijke akte bestaat en de huurders zijn hier verder niet (concreet) op ingegaan. De kantonrechter oordeelt dat onvoldoende gebleken is van een overdracht ex artikel 6:159 BW, zodat die overdracht niet is komen vast te staan.

5.1.3 Vervolgens is het de vraag of de verplichting de gevolgen te dragen van een eventuele dwaling op grond van artikel 7:226 BW op Klépierre is gaan rusten. De kantonrechter beantwoordt die vraag ontkennend. Het gaat er bij de beoordeling van de vraag of een bepaald recht c.q. een bepaalde verplichting wel of niet op grond van artikel 7:226 BW is overgegaan op de nieuwe eigenaar om, of sprake is van een 'beding van de huurovereenkomst die onmiddellijk verband houdt met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen tegenprestatie'. Naar het oordeel van de kantonrechter is daarvan geen sprake, omdat de dwaling ziet op de voorstelling van zaken die bij aanvang van de huurovereenkomst bij de contractspartijen bestaan. Om die reden kan het beroep op dwaling in beginsel slechts tegenover Markthal Rotterdam B.V. worden gedaan.

5.1.4 De kantonrechter heeft daarmee vastgesteld dat zowel artikel 6:159 BW als artikel 7:226 BW aan de huurders geen soelaas bieden. Desondanks is de kantonrechter van oordeel dat de door de huurders gestelde dwaling (mits die komt vast te staan) aan Klépierre kan worden tegengeworpen. In geval van een reguliere eigendomsoverdracht (en daarmee een overdracht van verhuurderschap ex art. 7:226 BW) kan sprake zijn van aanvullende afspraken omtrent de overgang van rechten en plichten van de oude verhuurder naar de nieuwe verhuurder. De kantonrechter verwijst hiervoor naar de uitspraak van het gerechtshof Arnhem Leeuwarden van 14 juni 2011 (ECLI:NL:GHARN:2011:BR1266, r.o. 4.7). In die context oordeelt de kantonrechter als volgt.

5.1.5 Duidelijk is geworden dat Klépierre een grote invloed had op de met de huurders gesloten huurovereenkomsten. Zij heeft het model voor de huurovereenkomsten samen met Markthal Rotterdam B.V. opgesteld en iedere huurovereenkomst moest door Klépierre worden goedgekeurd. In die huurovereenkomsten is (zie geciteerd onder 2.4 van dit vonnis) opgenomen dat de rechten en plichten die horen bij de huurovereenkomst op grond van artikel 6:159 BW door Markthal Rotterdam B.V. aan Klépierre zouden worden overgedragen. Voor alle betrokken partijen was duidelijk dat Markthal Rotterdam B.V. voor de ontwikkeling van de markthal zou zorgen, terwijl Klépierre (althans haar rechtsvoorganger Corio) daarna het beheer (inclusief het verhuurderschap) zou overnemen. De bedoeling van Markthal Rotterdam B.V. en Klépierre was zelfs dat Klépierre al bij de opening van de markthal eigenaar en verhuurder zou zijn. Dat is uiteindelijk (in verband met omstandigheden die buiten de

macht van de huurders liggen) niet door gegaan. Uit de tekst van de huurovereenkomsten volgt dat zodra eigendomsoverdracht plaatsvindt ("*ten tijde van de levering van haar eigendomsrechten*"), direct ook (op de voet van artikel 6:159 BW) alle rechten en plichten van Markthal Rotterdam B.V. overgaan op Klépierre. Dat – zoals Klépierre stelt – dit slechts één van de mogelijke scenario's was en dat het noodzakelijk was de huurders direct daarmee te laten instemmen voor het geval voor dat scenario gekozen zou worden, volgt niet uit de tekst en is ook anderszins niet gebleken. De tekst van het artikel – dat strikt genomen weliswaar slechts Markthal Rotterdam B.V. en de huurders bindt, maar waarvan hiervoor al is geoordeeld dat Klépierre een grote betrokkenheid heeft gehad – kent geen enkel voorbehoud. Op basis van dat beding mochten de huurders er in de gegeven omstandigheden op vertrouwen dat die overdracht van rechten en plichten ook daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Het feit dat uiteindelijk nooit een akte ex artikel 6:159 BW is opgemaakt, onttrekt zich aan het zicht van de huurders en kan door Klépierre niet aan de huurders worden tegengeworpen. Gelet op deze bijzondere omstandigheden en hetgeen in de huurovereenkomsten – waarbij de huurders, Klépierre én Markthal Rotterdam B.V. betrokken zijn geweest – is door al die partijen beoogd alle rechten en plichten van Markthal Rotterdam op Klépierre te doen overgaan. De kantonrechter oordeelt daarom dat – naast de overgang van rechten en plichten op grond van artikel 7:226 BW – sprake is van een aanvullende afspraak. Die aanvullende afspraak heeft tot gevolg dat alle rechten en plichten overgaan.

5.2 Dwaling - servicekosten

5.2.1 Tussen partijen staat vast dat aanzienlijk hogere servicekosten zijn gemaakt dan vooraf was begroot. Vast staat ook dat de begroting van die servicekosten als volgt heeft plaatsgevonden. Zowel Markthal Rotterdam B.V. als Klépierre hebben – op basis van eigen ervaringen – een berekening gemaakt van de totaal te verwachten servicekosten per jaar. Klépierre heeft die kosten begroot op een bedrag van grofweg 1,4 miljoen euro, terwijl Markthal Rotterdam B.V. uitkwam op een begroting van grofweg € 690.000,-. Markthal Rotterdam B.V. en Klépierre hebben vervolgens in onderling overleg het totaal door alle huurders gezamenlijk te betalen voorschot begroot op grofweg € 900.000,-, exclusief individueel verbruik van elektra. De huurders zijn daarin niet betrokken.

5.2.2 Partijen twisten over de mate waarin de thans gemaakte servicekosten (wat de individuele huurders betreft) van het voorschot afwijkt, maar in zijn algemeenheid staat vast dat sprake is van een aanzienlijke stijging. Op zich kan aan Klépierre worden toegegeven dat de door de huurders genoemde rechtspraak niet op gaat, omdat de markthal een nieuw pand en een nieuw concept betreft. Anders dan in de in die zaken aan de orde zijnde gevallen had Klépierre dus geen duidelijk referentiekader op basis waarvan zij de servicekosten kon inschatten. Ook is duidelijk dat de markthal meer bezoekers heeft getrokken dan vooraf werd ingeschat. Wat er

van de op detailniveau door partijen gevoerde discussie over de schoonmaak- en beveiligingskosten (waarop later wordt teruggekomen) ook zij; duidelijk is dat een groter aantal bezoekers leidt tot meer kosten. Daar staat tegenover dat Klépierre kennelijk wel in staat was een meer reële inschatting van kosten te geven; zij had immers zelf een begroting opgesteld van grofweg 1,4 miljoen euro. Feit is dat de begrotingen opgesteld door Markthal Rotterdam B.V. en Klépierre ernstig van elkaar afweken en dat Markthal Rotterdam B.V. en Klépierre niet in staat zijn geweest elkaar te overtuigen. In die omstandigheid had Klépierre c.q. Markthal Rotterdam B.V. aanleiding moeten zien de (potentiële) huurders te waarschuwen voor de mogelijkheid dat de uiteindelijk te betalen servicekosten aanzienlijk konden afwijken van het voorschot. Op zich is juist dat als uitgangspunt geldt dat op grond van de huurovereenkomst jaarlijks wordt afgerekend op basis van werkelijke kosten; enkel een (groot) verschil tussen de uiteindelijk gemaakte kosten en de voorschotten is onvoldoende. In dit geval gaat het echter om het nalaten van Klépierre c.q. Markthal Rotterdam B.V. de huurders te informeren over de extra onzekerheid die besloten lag in de wijze waarop het voorschot tot stand was gekomen. Dat Klépierre c.q. Markthal Rotterdam B.V. de huurders daarover niet hebben geïnformeerd is in deze procedure als onweersproken vast komen te staan. Sterker nog, namens Klépierre is ter zitting verklaard dat Markthal Rotterdam B.V. (die het afsluiten van de contracten verzorgde) geen enkele aanleiding had om aan huurders kenbaar te maken dat het servicekostenbedrag mogelijk veel hoger werd, omdat de begroting van Markthal Rotterdam B.V. juist lager uitviel dan het uiteindelijk aan voorschot overeengekomen bedrag.

5.2.3 De kantonrechter oordeelt op grond van het voorgaande dat Klépierre c.q. Markthal Rotterdam B.V. een op hen rustende mededelingsplicht hebben geschonden. Die schending van de mededelingsplicht behoort niet voor rekening van de huurders te komen en – gelet op het belang dat de huurders als kleine ondernemers hechten aan de maandelijkse huisvestingslasten en het feit dat het oorspronkelijke voorschot van de servicekosten al relatief hoog was – is het ook aannemelijk dat de huurders bij een juiste voorstelling van zaken geen of een andere huurovereenkomst zouden hebben gesloten. Dat de servicekosten tijdens onderhandelingen door huurders niet of bijna niet aan de orde zijn gesteld (hetgeen overigens is betwist), maakt dat oordeel niet anders. Een stijging van die servicekosten zoals thans aan de orde zou bij de beoordeling van het contract door de huurders zijn opgevalen en – naar de overtuiging van de kantonrechter – ook een grote rol hebben gespeeld. De huurders hebben dus gedwaald in de zin van artikel 6:228 lid 1 sub b BW. Of die dwaling (mede) een gevolg is van de door de huurders gestelde afwijking van de branchering kan in dit deel van de beoordeling verder onbesproken blijven. Een en ander komt bij de vaststelling van de gevolgen van de dwaling nog aan de orde.

5.2.4 Dat een aantal huurders recent nieuwe (aanvullende) huurovereenkomsten heeft gesloten waarin een voorschot is opgenomen dat past bij de werkelijke kosten, maakt niet dat zij ten aanzien van die eerdere overeenkomst niet hebben gedwaald. De kantonrechter kan Klépierre volgen in haar redenering, inhoudende dat een hoger voorschot die huurders kennelijk niet tot de conclusie zou hebben gebracht de huurovereenkomst niet of anders te sluiten. Klépierre miskent daarbij echter dat – nu de huurders eenmaal hun bedrijfsvoering op deelname aan het markthalconcept hebben afgestemd en daarvoor investeringen hebben gedaan – een wezenlijk andere situatie is ontstaan.

5.2.5 De huurders roepen op basis van die dwaling niet de vernietigbaarheid van de gehele huurovereenkomst in, maar zij verzoeken de kantonrechter in plaats daarvan de gevolgen van de overeenkomst te wijzigen, ter opheffing van het nadeel dat zij als gevolg van die dwaling ondervinden (ex artikel 6:230 BW). Lid 2 van dat artikel bepaalt dat de wijziging van gevolgen van de overeenkomst gerelateerd moet zijn aan het op te heffen nadeel.

5.2.6 Daarbij is van belang dat de huurders tevens hebben gesteld dat bepaalde posten niet zijn overeengekomen. Aan die specifieke stelling is een aparte vordering gekoppeld; te weten de verklaring voor recht dat die kosten niet in rekening kunnen worden gebracht. Een en ander wordt door de huurders, zo begrijpt de kantonrechter, echter óók naar voren gebracht in de context en ter onderbouwing van hun vordering tot (kort gezegd) beperking van de overschrijding van de servicekosten tot maximaal 5%. De kantonrechter zal de stellingen ten aanzien van de niet overeengekomen servicekosten dan ook in die beide contexten bespreken. De overige stellingen in dat deel van het betoog van de huurders (over o.a. de doelmatigheid van de servicekosten) wordt slechts beoordeeld in het kader van de vordering tot beperking van de overschrijding van de servicekosten tot maximaal 5%.

5.3 De vordering tot beperking van de overschrijding van servicekosten met maximaal 5%

5.3.1 De kantonrechter stelt in dit verband voorop dat de huurders onvoldoende aanknopingspunten hebben geboden om tot de conclusie te komen dat het door hen geleden nadeel wordt gevormd door alles dat meer dan 5% afwijkt van de in 2014 vastgestelde voorschotten. Gelet op het contractueel door partijen gekozen uitgangspunt hadden de huurders immers in ieder geval een over- of onderschrijding kunnen verwachten. Dat is inherent aan het gekozen – en overigens ook gebruikelijke – stelsel. Nergens blijkt uit dat een afwijking van meer dan 5% ongebruikelijk is en dat is wel wat de huurders impliceren, stellende dat het meerdere moet worden gekwalificeerd als nadeel. Dat standpunt volgt de kantonrechter dus niet, temeer omdat de markthal een uniek concept betreft en een nieuw opgeleverd gebouw is waarvan het inschatten van de servicekosten aanzienlijk lastiger is dan in gevallen waarin het gaat om de verhuur van bestaande bouw. Daarbij komt dat de kantonrechter van oordeel is dat een aanzienlijk deel van de verhoging van

de servicekosten een gevolg is van het hoge aantal bezoekers. Van meet af aan heeft de markthal op dat punt de verwachtingen overtroffen. Of de markthal nu een vershal is of een horecahal, zoals de huurders betogen, is daarbij niet van belang; méér bezoekers zorgen voor méér afval, vuil en noodzakelijke beveiliging.

5.3.2 Daarnaast staat het de kantonrechter vrij om het door de dwaling ondervonden nadeel deels voor rekening van de dwalende te laten, als de omstandigheden die tot de dwaling hebben geleid deels omstandigheden zijn waaromtrent geldt dat de dwaling voor rekening van de dwalende moet blijven.

5.3.3 In dit kader zal de kantonrechter allereerst een oordeel vormen over hetgeen partijen bij de invulling van de gevolgen van de dwaling verdeeld houdt, om vervolgens de gevolgen van de dwaling vast te stellen.

Afwijking van de branchering (inclusief kosten van schoonmaak en vuilafvoer)

5.3.4 De kantonrechter stelt voorop dat in dit vonnis slechts over de branchering wordt geoordeeld in de context van de gevolgen van een eventuele afwijking daarvan voor de servicekosten. Voor een uitgebreidere uiteenzetting van de gevolgen van de wijze waarop met de branchering in de markthal is omgegaan, verwijst de kantonrechter naar zijn vonnis in zaaknummer 5752959 \ CV EXPL 17-6627¹⁵ dat eveneens heden wordt uitgesproken. Daarbij is allereerst van belang dat de brancheringstekening zoals getoond en besproken ter zitting, onderdeel uitmaakt van de tussen partijen gesloten huurovereenkomsten. Ter comparitie heeft Klépierre eerst betoogd dat de door de huurders genoemde tekening slechts onderdeel was van een algemene informatiebrochure over de markthal. De huurders hebben vervolgens gesteld dat diezelfde tekening ook bij de informatiemap en bij de huuraanbieding zat en dat is door Klépierre niet betwist. Daarmee zijn met die brancheringstekening bij aanvang van de huur bepaalde verwachtingen gewekt. Die verwachtingen komen er – kort gezegd – op neer dat sprake zou zijn van een ‘vershal’ waar, naast delicatessen en bijzonder eten, vooral veel aanbod aan (reguliere) verse groenten, fruit, vlees en vis zou zijn.

5.3.5 Partijen hebben – ook ter zitting – uitgebreid debat gevoerd over de vraag of bepaalde huurders in een bepaalde categorie zoals genoemd op de brancheringstekening vallen of niet. Illustratief is de discussie die partijen hebben gevoerd over Ibericus, dat producten van het Iberico varken ver-

15. Deze uitspraak is te vinden op ECLI:NL:RBROT:2018:691 en is gepubliceerd in *WR* 2018/80. De feitelijke uitkomst van die procedure is gelijk aan de onderhavige procedure. De huurder vorderde in die procedure – anders dan in de onderhavige procedure – primair ontbinding van de huurovereenkomst, omdat Klépierre tekort zou zijn geschoten bij de nakoming van het overeengekomen branchepatroun. De kantonrechter oordeelde echter dat sprake was van een inspanningsverplichting waaraan Klépierre had voldaan, zodat van een tekortkoming geen sprake was.

koopt. Volgens Klépierre valt Ibericus in de categorie 'vlees', net als een reguliere slager. Volgens de huurders wordt echter (kort gezegd) met name delicatessen verkocht, als gevolg waarvan zij in een andere categorie thuishoort, aldus de huurders. Hetzelfde geldt voor de winkel die donuts verkoopt. Of die winkel kan worden gezien als 'bakker' is voor discussie vatbaar. De vraag welke huurder in welke categorie thuishoort kan van belang zijn, maar het gaat uiteindelijk om het grote geheel. Duidelijk is dat alle vooraf beoogde categorieën nog aanwezig zijn, maar met name de echte versproducten zijn minder vertegenwoordigd dan vooraf werd beoogd. Dat is door Klépierre ook wel onderkend.

5.3.6 Daarmee kan worden vastgesteld dat weliswaar aan een zekere branchering is vastgehouden, maar dat toch is afgeweken van het branchepatroon dat partijen bij aanvang van de huurovereenkomsten voor ogen hadden in die zin dat de accenten zijn verschoven. Vervolgens is de vraag aan de orde welke gevolgen dat heeft gehad voor de servicekosten.

5.3.7 Dat de wijziging in branchering gevolgen heeft voor de hoogte van in ieder geval de schoonmaakkosten en de kosten van het vuilafvoer, ligt wel voor de hand. Een zaak waarin eten wordt verkocht dat bedoeld is voor directe consumptie, produceert in een omgeving als de markthal méér afval dan een zaak die (verse) producten verkoopt waarmee de bezoekers vervolgens zelf eten gaan bereiden. Méér afval betekent hogere kosten voor vuilafvoer. Dat afval zal door de consumptie ter plekke ook vaker op de vloer van de hal belanden, zodat ook de schoonmaakkosten hoger uitvallen. Voor het aannemen van een stijging van andere servicekosten als gevolg van de afwijking van de branchering, zoals beveiliging, hebben de huurders onvoldoende gesteld.

Beveiliging

5.3.8 De kantonrechter is van oordeel dat de nachtelijke beveiliging van de hal door partijen is overeengekomen, zoals verwoord in de huurovereenkomsten en geciteerd onder 2.4 van dit vonnis. Beveiliging moet worden gezien als het overkoepelende begrip; een verzamelnaam voor alle maatregelen die worden genomen om de veiligheid te waarborgen. Eén van die maatregelen is de surveillance, waarvoor specifiek overeengekomen is dat die slechts plaatsvindt gedurende de openingstijden van de markthal. Als die beperking voor alle beveiligingsmaatregelen zou gelden, dan zou dat betekenen dat bijvoorbeeld ook de camera's in de nacht moeten worden uitgeschakeld, evenals installaties voor brandveiligheid.

5.3.9 Voorgaande overweging betekent echter niet dat de volledige kosten van nachtelijke beveiliging voor rekening van de huurders moeten komen. Ter comparitie heeft Klépierre desgevraagd geen verklaring kunnen geven voor het feit dat zij van meet af aan bekend had moeten zijn met het feit dat de deuren open gingen bij een brandalarm en dat die deuren in de nachtelijke uren dus beveiligd moesten worden. In die zin zijn de extra kosten een

nadeel dat de huurders lijden als gevolg van de dwaling.

5.3.10 Dat geldt niet voor de kosten die zijn gemoeid met de bemanning van de meldkamer. Dat in eerste instantie als uitgangspunt is genomen dat de camerabeelden niet live werden uitgekeken is niet ongrijpelijk. Hetzelfde geldt voor het feit dat Klépierre pas in een later stadium bekend werd met regelgeving die het noodzakelijk maakte dat iemand de brandweertelefoon in de meldkamer permanent moest bewaken.

5.3.11 De kosten voor bemanning van iedere toegangsdeur op piekmomenten komen voor rekening van de huurders. Zoals hiervoor al overwogen zijn de kosten die een direct gevolg zijn van het hoge bezoekersaantal en dus kosten die niet als nadeel dat is ontstaan als gevolg van de dwaling kunnen worden gezien. Voordat het maximum aantal bezoekers werd verhoogd kwam het regelmatig voor dat dit maximum werd behaald. In dat geval moesten beveiligers ervoor zorgen dat er geen mensen meer naar binnen konden.

Vuilafvoer

5.3.12 Het deel van de verhoging van de kosten van vuilafvoer dat een gevolg is van de afwijking van het branchepatroon, is hiervoor al aan de orde geweest. Dan resteert de vraag of het feit dat de plintondernemers de algemene voorziening voor het vuil gebruiken in plaats van (zoals contractueel overeengekomen) een eigen voorziening te treffen, nog een rol speelt. Klépierre heeft onweersproken gesteld dat de plintondernemers voor die kosten ook zijn gaan betalen. Dat het afvoersysteem onvoldoende capaciteit zou hebben om ook de plintondernemers te kunnen bedienen, zoals de huurder stellen, is betwist en verder door de huurders niet onderbouwd en staat daarmee niet vast.

Installatie

5.3.13 Klépierre heeft erop gewezen dat de kosten voor onderhoud van de installaties pas in een later stadium opkomen, omdat in de eerste jaren nog sprake is van garantie. De kosten waren echter voor de jaren 2016 en verder wel voorzienbaar: duidelijk is dat de in het complex aanwezige installaties op enig moment onderhoud behoeven. Het had op de weg van Klépierre gelegen de huurders te informeren over het feit dat de servicekosten op een later moment zullen stijgen in verband met onderhoudskosten. Dat zij of Markthal Rotterdam B.V. dat heeft gedaan is gesteld noch gebleken.

5.3.14 Dat betekent evenwel niet dat de volledige kosten van onderhoud van de installaties voor rekening van Klépierre kunnen blijven. Duidelijk is immers dat de huurders voor de bekostiging van dat onderhoud verantwoordelijk zijn. Dat de huurders er niet mee bekend waren dat deze kosten niet in het voorschot zijn verdisconteerd, betekent niet dat die kosten in het geheel niet voor hun rekening behoren te komen.

Individueel elektraverbruik

5.3.15 Tussen partijen staat vast dat het individueel elektraverbruik van de verschillende huurders niet in het voorschot servicekosten is opgenomen. De reden daarvan is helder en door Klépierre ook

toegelicht. Het partijdebat heeft zich op dit punt met name toegespitst op de vraag of de huurders daarvan op de hoogte waren. De huurcontracten impliceren dat individuele elektra kosten wel in het voorschot zijn begrepen. De individuele verbruikskosten staan immers in het huurcontract onder de te leveren diensten genoemd en het voorschot wordt benoemd als het voorschot voor de te leveren diensten. Daar tegenover staat dat Klépierre onbetwist heeft gesteld dat geen enkele huurder na de afrekening van 2014 heeft geklaagd over het feit dat de individuele verbruikskosten gesplitst waren van de andere servicekosten. Klépierre heeft ter comparitie verklaard dat zij er vanuit gaat dat Markthal Rotterdam B.V. tijdens de onderhandelingen aan de huurders heeft medegedeeld dat het individuele verbruik nog niet in het voorschot was opgenomen en zij heeft van die stelling getuigenbewijs aangeboden. De kantonrechter is echter op basis van de hiernavolgende overwegingen van oordeel dat de vraag of bij de huurders bekend was dat het individuele verbruik niet in het voorschot was opgenomen van onvoldoende belang is voor de uitkomst van de zaak, om tot bewijslevering op dit punt over te gaan.

5.3.16 Duidelijk is immers dat het individuele verbruik door de mogelijk voor huurders ontstane onduidelijkheden c.q. dwaling niet is gegroeid. Het betreft bovendien servicekosten waarvan een ieder weet dat ze gemaakt moeten worden en de huurders hebben tot op zekere hoogte ook invloed op de hoogte van die servicekosten. Het is het klassieke voorbeeld van servicekosten in een huurrelatie en het betreft dus kosten die naar het oordeel van de kantonrechter niet kunnen worden gezien als nadeel, laat staan dat het een gevolg is van de dwaling. Als de huurders, zoals zij stellen, niet op de hoogte zijn geweest van de splitsing van het individuele verbruik en de servicekosten heeft dit dus wel invloed op de vraag of gedwaald is, maar niet op de onderbouwing van het nadeel dat als gevolg daarvan geleden is. De conclusie is dat op dit punt wel sprake is van dwaling, maar niet van op te heffen nadeel.

Doelmatigheid van de servicekosten

5.3.17 De stellingen van huurders bieden onvoldoende aanknopingspunten om tot de conclusie te komen dat met te hoge tarieven wordt gewerkt of anderszins onvoldoende doelmatig wordt gewerkt. Klépierre heeft de stellingen van de huurders op dit punt gemotiveerd weersproken en de huurders hebben daar niets concreets tegenover gesteld. De kantonrechter ziet dan ook geen aanleiding, zoals de huurders ter comparitie hebben aangeboden, een deskundige in te schakelen om (aan de hand van de stukken van de aanbestedingsprocedures) te bepalen of de hoogte van de in rekening gebrachte servicekosten redelijk is. Omdat onvoldoende is gesteld, wordt aan de levering van (deskundigen) bewijs niet toegekomen.

Knip tussen verleden en toekomst

5.3.18 Naast al het voorgaande acht de kantonrechter bij de vaststelling van de gevolgen van de dwaling nog het volgende van belang. Van belang is dat

als uitgangspunt geldt dat de servicekosten voor wijziging vatbaar zijn. Hetgeen de kantonrechter hiervoor ten aanzien van de verschillende posten van de servicekosten heeft overwogen, illustreert dat de huurders niet zonder meer mogen vertrouwen op de juistheid van een vooraf vastgesteld voorschot. In ieder geval voor wat betreft de hoogte en mogelijk ook voor wat betreft de soort en omvang van de servicekosten, zijn wijzigingen denkbaar. Of voor de wijziging van de soort en de omvang van de servicekosten instemming van de huurders nodig is, zoals zij betogen, kan – gelet ook op hetgeen hierna zal worden geoordeeld in het kader van de gevorderde verklaring voor recht met betrekking tot de niet overeengekomen servicekosten – in het midden blijven. Het gaat erom dat het door partijen contractueel gekozen systeem met zich brengt dat de servicekosten in de toekomst zullen wijzigen. Daarmee is de thans door de huurders ingestelde vordering – voor zover die ziet op toekomstige aangelegenheden – niet te rijmen. De consequenties van de vaststelling van een maximale overschrijding voor de toekomst, zoals de huurders vorderen, zijn niet te overzien.

5.3.19 In de gegeven omstandigheden acht de kantonrechter het daarom niet passend de gevolgen van de huurovereenkomst (en de afspraken die daarin zijn gemaakt over servicekosten) over de periode 2014 t/m 2017 hetzelfde te laten zijn als de periode na 2017, namelijk 2018 tot (in de meeste gevallen) 2024. Als voor die laatstgenoemde periode toch tot vaststelling van een maximale overschrijding zou worden overgegaan, zou een beslissing worden genomen waarvan de consequenties niet kunnen worden overzien. Weliswaar zijn ook over de afgelopen jaren nog niet alle afrekeningen van de servicekosten opgemaakt, maar de opgemaakte begrotingen en thans wel bekende cijfers bieden voldoende aanknopingspunten om de gevolgen van de vaststelling van de maximale overschrijding op hoofdlijnen te overzien. Voor de toekomstige jaren kan dat niet worden gezegd.

Conclusie

5.3.20 Hetgeen onder 5.3.1 t/m 5.3.19 van dit vonnis is overwogen, brengt de kantonrechter tot het volgende (grotendeels resumerende) oordeel. Niet alle servicekosten die het totaal van de overeengekomen voorschotten met meer dan 5% overschrijden zijn aan te merken als nadeel dat op de voet van artikel 6:230 BW opgeheven moet worden. Het door partijen contractueel gekozen systeem van bevoorschotting en afrekening op basis van werkelijke kosten, staat daaraan in de weg. Ook het feit dat het om een nieuw complex en een nieuw uniek concept gaat heeft de inschatting van de servicekosten bemoeilijkt. Bovendien heeft het feit dat de markthal – in ieder geval ten aanzien van de eerste jaren na opening – aanzienlijk meer bezoekers heeft getrokken dan verwacht, gevolgen voor de hoogte van de servicekosten. Op basis van hetgeen is geoordeeld onder 5.2 van dit vonnis, is anderzijds wel duidelijk dat de huurders met recht andere verwachtingen hebben gehad als het gaat om de hoogte van dit deel van de huisvestingslasten van hun onderneming.

De begroting servicekosten is onzorgvuldig tot stand gekomen en zeker Klépierre – die de kosten zelf aanzienlijk hoger had ingeschat – had aanleiding moeten zien de huurders voor die (extra) onzekerheid te waarschuwen. Daarbij geldt dat met name binnen de beveiliging kosten zijn gemaakt die niet volledig ten laste van de huurders kunnen worden gebracht omdat de huurders die stijging – ondanks het door partijen gekozen systeem – niet behoeften te verwachten. Ook de kostenstijging binnen de vuilafvoer en de schoonmaak komen deels voor rekening van Klépierre en hetzelfde geldt voor de installatiekosten. Een en ander leidt de kantonrechter tot de slotsom dat het nadeel dat de huurders als gevolg van hun dwaling hebben gedeeltelijk moet worden opgeheven. Daarbij moet onderscheid worden gemaakt tussen de afgelopen jaren en de resterende jaren van de tussen partijen gesloten huurovereenkomst.

5.3.21 Voor de jaren 2014 t/m 2017 zal de kantonrechter de gevolgen van de overeenkomsten wijzigen, in die zin dat huurders niet kunnen worden aangesproken voor een overschrijding van het bij aanvang van de huurovereenkomst overeengekomen voorschot met meer dan 50%. Voor de daaropvolgende jaren zal de kantonrechter bepalen dat de huurovereenkomst ongewijzigd voortduurt.

5.3.22 Het voor de jaren tot en met 2017 genoemde percentage is als volgt tot stand gekomen. De kantonrechter is uitgegaan van enerzijds de begroting uit november 2013 (productie 81 van de huurders) en anderzijds de begroting voor 2016 (productie 47 van de huurders), de meest recente begroting waarover de kantonrechter beschikt. De stijging van de servicekosten (los van individueel verbruik) betreft 86%. De stijging in euro's betreft grofweg € 700.000,-. Als het percentage waarmee het in 2014 overeengekomen voorschot wordt overschreden wordt teruggebracht tot 50%, dan betekent dit dat 36% van het in 2014 overeengekomen voorschot voor rekening van Klépierre blijft. Dat komt neer op een bedrag van ruim € 340.000,-. De slotsom is dan dat de huurders enerzijds en Klépierre anderzijds de meerkosten delen. Dat acht de kantonrechter passend, in verband met hetgeen hiervoor onder 5.3.20 resumerend is geoordeeld.

5.4 De gevolgen voor de individuele huurders

5.4.1 Voorgaande overwegingen hebben voor alle huurders tot gevolg dat de gevorderde verklaring voor recht dat de huurovereenkomsten onder invloed van dwaling zijn gesloten, toewijsbaar is.

5.4.2 Voor alle huurders behalve Van Beek & Specker en Infinitea! heeft het bovendien tot gevolg dat wordt bepaald dat zij slechts gehouden zijn tot betaling van een bedrag aan jaarlijkse servicekosten vanaf 2014 tot en met 2017 dat maximaal 50% afwijkt van het voorschot dat bij aanvang van de verschillende huurovereenkomsten is opgenomen.

5.4.3 Voor Van Beek & Specker en Infinitea! geldt, zo heeft Klépierre onbetwist gesteld, dat zij in de loop der tijd nieuwe huurovereenkomsten hebben gesloten. Voor hen geldt dus dat de maximale overschrijding van het bij aanvang van de huur overeengekomen voorschot van toepassing is tot het moment

dat de oude overeenkomst is verlopen en de nieuwe overeenkomsten zijn gesloten. Bij het sluiten van die overeenkomsten wisten Van Beek & Specker en Infinitea! immers waar zij aan begonnen c.q. mee verder gingen.

5.5 Verklaring voor recht - niet overeengekomen servicekosten

5.5.1 Deze vordering is onvoldoende bepaalbaar om voor toewijzing in aanmerking te komen. Hoewel de huurders in het lichaam van de dagvaarding en ter comparitie wel enig inzicht hebben gegeven in welke posten het precies betreft, hebben zij hun vordering daarop niet aangepast. De in het petitum gekozen woorden – "de niet overeengekomen servicekosten (waaronder kosten van beveiliging na sluitings-tijd)" – bieden onvoldoende houvast voor toewijzing en zijn voer voor executiegeschillen en verdere procedures als die vordering wel zou worden toegewezen.

5.5.2 Het antwoord op de vraag of Klépierre op grond van de algemene voorwaarden nu wel of niet gerechtigd is eenzijdig de aard en omvang van de servicekosten te wijzigen, kan dus in het midden blijven.

6 De beoordeling in reconventie

6.1 De kantonrechter stelt voorop dat geen van de huurders de berekening van de achterstand zoals door Klépierre in deze procedure laatstelijk aangevoerd wordt betwist. Klépierre heeft in de loop van deze procedure de posten in haar vordering waarover discussie bestond (zoals bepaalde facturen die niet zien op huurpenningen of servicekosten) laten vallen, omdat zij deze procedure niet met die discussies wilde belasten. Zij maakt nog wel aanspraak op die bedragen, maar niet in deze procedure.

6.2 De huurders wijzen wel op een formeel punt (Klépierre is, als haar stellingen in conventie worden gevolgd, niet gerechtigd tot bepaalde gevorderde bedragen) en zij voeren (met een beroep op verrekening) verweer onder verwijzing naar hetgeen in conventie is gevorderd en gesteld. Daarnaast is verweer gevoerd tegen de gevorderde boetes.

6.3 Het formele verweer wordt gepasseerd, omdat in conventie is geoordeeld dat alle rechten en plichten van Markthal Rotterdam B.V. op Klépierre zijn overgegaan.

6.4 De boete die door Klépierre is gevorderd betreft de 'standaard' boete voor 290-bedrijfsruimte. Over die boeteclausule wordt nog altijd veel geprocedeerd. Uit die rechtspraak volgt dat er twee methoden zijn om de betreffende boete te berekenen. Ter comparitie is door Klépierre bevestigd dat zij de 'huurdersvriendelijke' berekening hanteert. Die methode houdt in dat de overeengekomen boete (van 1% of 2%) per maand verschuldigd is over het totaal op de eerste van die maand verschuldigde bedrag. Dit in tegenstelling tot de methode waarvoor voor iedere maand op zich wordt gerekend met het contractueel overeengekomen minimum van € 300,- per maand en de boete wordt gecumuleerd. Dat staat dus niet ter discussie. De huurders hebben nog aangevoerd dat de boetes onvoldoende gespecificeerd zijn, maar dat verweer wordt gepasseerd.

Met de uitleg van Klépierre dat zij de hiervoor omschreven huurdersvriendelijke variant heeft gekozen, moet voor de (gemachtigden van de) huurders voldoende duidelijk zijn hoe de boetes worden opgebouwd.

6.5 Verder hebben de huurders een beroep gedaan op de vernietiging van de boetebepaling in verband met het onredelijk bezwarende karakter ervan. Ten slotte is ook een beroep gedaan op de redelijkheid en billijkheid. Voor vernietiging bestaat geen aanleiding en ook het beroep op de redelijkheid en billijkheid faalt. De huurders zijn allen ondernemers en zij moeten worden geacht bij het aangaan van de verplichtingen die horen bij het ondernemerschap over voldoende kennis te beschikken. Beschikken zij niet over voldoende kennis, dan worden zij geacht in te zien dat zij zich deskundig laten adviseren. Als zij dat dan niet doen of dat advies heeft niet tot een ander onderhandelingsresultaat geleid, dan komt dat in beginsel voor rekening van die partij. Op deze uitgangspunten zijn uiteraard uitzonderingen mogelijk, maar die doen zich hier niet voor.

6.6 De kantonrechter ziet ook geen aanleiding voor matiging van de boete. Dat zou anders kunnen zijn als de huurbetaling het primaire onderwerp van geschil zou zijn in deze procedure, maar dat is niet het geval. Het primaire geschil wordt gevormd door de servicekosten.

6.7 Omdat de vorderingen die een aantal huurders mogelijk op Klépierre hebben niet eenvoudig zijn vast te stellen, wordt het beroep op verrekening door de kantonrechter gepasseerd. Daarmee kan in het midden blijven of het verrekeningsverbod zoals opgenomen in de algemene voorwaarden, zoals de huurders betogen, onredelijk bezwarend is of op andere gronden kan worden aangetast.

6.8 De conclusie is dat de vorderingen van Klépierre in beginsel toewijsbaar zijn.

6.9 Hetgeen in conventie is overwogen heeft echter gevolgen voor de vorderingen in reconventie. Uit de als productie 53 overgelegde betaaloverzichten blijkt immers dat in ieder geval ten aanzien van een deel van de huurders de eindafrekening servicekosten over 2014 in de vordering is begrepen.

6.10 In de gegeven omstandigheden ziet de kantonrechter aanleiding de zaak in reconventie naar de rol te verwijzen, om Klépierre in de gelegenheid te stellen zich bij akte uit te laten over de gevolgen die de overwegingen in conventie hebben voor haar vorderingen in reconventie. De huurders krijgen de kans daar nog bij akte op te reageren. Teneinde verdere vertraging van de procedure te voorkomen verdient het de voorkeur dat in ieder geval de huurders geen nieuwe producties in het geding brengen.

7 Het vervolg van de procedure in conventie en in reconventie

Omdat partijen in reconventie nog een akte mogen nemen, wordt iedere verdere beslissing voor nu aangehouden.

(...)

Commentaar

De aanleiding voor deze uitspraak is een geschil tussen de huurders van de Markthal in Rotterdam en de huidige eigenaar van de Markthal over de afrekeningen van de servicekosten. De met de huurders overeengekomen voorschotbedragen voor de servicekosten waren gebaseerd op een gemiddelde van de begrotingen van Klépierre en haar rechtsvoorganger Markthal Rotterdam B.V. Na de ingebruikneming van de Markthal bleken de werkelijke kosten aanzienlijk hoger te zijn dan de begrote kosten die aan de huurders waren voorgehouden bij het aangaan van de huurovereenkomsten. De huurders werden bij de jaarlijkse afrekeningen dus geconfronteerd met hoge nabetalingen. De huurders beroepen zich in de onderhavige procedure jegens Klépierre (als opvolgend verhuurder) op dwaling, waarbij wordt gevorderd het nadeel van de huurders op te heffen door de huurovereenkomsten aan te passen. Het materiële oordeel van de kantonrechter – dat de huurders de eindafrekeningen moeten voldoen tot een bedrag van maximaal 50% boven het oorspronkelijk overeengekomen voorschotbedrag – is feitelijk van aard en juridisch niet zo interessant. Twee elementen van deze uitspraak zijn echter wel interessant om eens extra te belichten.

Dwaling tegenwerpen aan opvolgend verhuurder

Het eerste element is de manier waarop de kantonrechter tot het oordeel is gekomen dat de gevolgen van de dwaling aan Klépierre, als opvolgend verhuurder, kunnen worden tegengeworpen. De huurders hebben naar het oordeel van de kantonrechter niet voldoende kunnen aantonen dat sprake was van een contractsoverneming in de zin van art. 6:159 BW. Klépierre betwistte dat ooit een akte was opgemaakt tussen haar en Markthal Rotterdam B.V. waarin de contractsoverneming was vastgelegd. Daarmee was niet voldaan aan art. 6:159 BW, dat een dergelijke akte als voorwaarde stelt voor een contractsoverneming. De kantonrechter oordeelde vervolgens dat een verplichting om de gevolgen van de dwaling te dragen (ook) niet op Klépierre was overgegaan op grond van art. 7:226 BW, omdat het geen beding betreft dat onmiddellijk verband houdt met het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen vergoeding.

Desondanks oordeelde de kantonrechter dat de gestelde dwaling aan Klépierre kon worden tegengeworpen. De kantonrechter trekt in zijn uitspraak een parallel met een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden.¹⁶ In de zaak die tot dat arrest heeft geleid, draaide het allemaal om stadion Gelredome in Arnhem. Tussen de gemeente en de exploitant van het Gelredome bestond een huurovereenkomst. Daarnaast bestonden allerlei aanvullende afspraken over onder meer het beheer van het stadion en de vergoeding die daar vanuit de gemeente

16. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BR1266 (*Eurocommerce / Gelredome*).

tegenover stond. Op een zeker moment is het stadi-
on door de gemeente verkocht aan Eurocommerce,
waarna een geschil is ontstaan over de betaling van
deze beheervergoedingen. De exploitant van het
Gelredome vorderde betaling van Eurocommerce
op grond van onder meer de stelling dat Eurocom-
merce had toegezegd dat zij ook de aanvullende
afspraken (waaronder de voldoening van de be-
heervergoedingen) zou nakomen jegens de exploi-
tant. Het hof oordeelde in die procedure (in r.o. 4.7)
onder meer: "Voor zover Gelredome betoogt dat, indien
vast staat dat door toezegging van Eurocommerce tus-
sen partijen is overeengekomen dat Eurocommerce de
gemeente uit artikel 5 van de huurovereenkomst voort-
vloeden, niet wordt toegekomen aan artikel 7:226 lid
3 BW, slaagt de grief. Partijen kunnen immers naast
hetgeen rechtens op de opvolgend verhuurder overgaat
op grond van artikel 7:226 lid 3 BW, bij overeenkomst
besluiten tot overname van niet onder artikel 7:226 lid
3 BW vallende bedingen. (...)"

De kantonrechter oordeelt in de onderhavige
uitspraak dat sprake is van een soortgelijke aan-
vullende afspraak op basis waarvan alle rechten
en plichten zijn overgegaan op Klépierre. De kan-
tonrechter oordeelde dat de dwaling daarom aan
Klépierre kon worden tegengeworpen. De moti-
vering van de kantonrechter om tot het oordeel te
komen dat in de onderhavige zaak sprake is van
een dergelijke aanvullende afspraak is wellicht wat
omslachtig. De kern van r.o. 4.7 van de uitspraak
van het Hof Arnhem-Leeuwarden is dat een opvol-
gend verhuurder gebonden is aan een door hem
gedane toezegging om een verplichting op zich
te nemen die niet van rechtswege overgaat op de
grond van art. 7:226 lid 3 BW. In de huurovereen-
komsten is bepaald "dat Markthal Rotterdam B.V. ten
tijde van de levering van haar eigendomsrechten met
betrekking tot de Markthal aan Corio Nederland B.V.
al haar rechten en plichten uit de onderhavige overeen-
komst overdraagt aan Corio Nederland B.V. (...)"¹⁷ Het
betreft een – naar het oordeel van de kantonrechter
– ongeclausuleerde mededeling, waaraan Klépier-
re op voorhand haar expliciete goedkeuring heeft
verleend. De kantonrechter heeft bovendien over-
wogen dat het de bedoeling van Klépierre was om
alle rechten en plichten over te nemen. Ik meen dat
deze bepaling in de huurovereenkomsten dan ook
gezien kan worden als een directe toezegging van
Klépierre om alle rechten en plichten uit de huur-
overeenkomst over te nemen.

Overigens zou hetzelfde resultaat wellicht ook be-
haald kunnen worden zonder deze omweg van de
aanvullende afspraak. Art. 7:226 lid 1 BW bepaalt
dat alle rechten en plichten uit de huurovereen-
komst overgaan op de verkrijger, waarbij lid 3 van
dat artikel deze regel beperkt tot die bedingen die
in *onmiddellijk* verband staan met het gebruik van
de zaak tegen een door de huurder te betalen tegen-

prestatie. De afspraken omtrent de door verhuur-
der te leveren bijkomende zaken en leveringen, het
voorschot van de servicekosten en de afrekening
van de werkelijke kosten voor deze bijkomende
zaken en leveringen, zijn bedingen die wat mij be-
treft zonder meer vallen onder het bereik van art.
7:226 lid 3 BW. Het betreffen bovendien bedingen
waarvan de kantonrechter heeft vastgesteld dat
deze vanaf huuringangsdatum feitelijk werden
uitgevoerd door Klépierre.¹⁸ Mijns inziens had dus
ook kunnen worden geoordeeld dat Klépierre, als
opvolgend verhuurder, via de weg van art. 7:226
BW, de juridische positie van haar voorganger
heeft overgenomen ten aanzien van de medede-
lingsplicht met betrekking tot de hoogte van de
servicekosten. Vóór de eigendomsoverdracht was
Klépierre naar de huurders toe klaarlijk al
in feitelijke zin de partij die verantwoordelijk was
voor de servicekosten en de afrekening daarvan.
Daarmee was de positie van Klépierre wat betreft
de afwikkeling van de servicekosten vóór de over-
dracht *feitelijk* al gelijk aan haar *juridische* positie
ná de overdracht. Als geoordeeld wordt dat jegens
de huurders een mededelingsplicht is geschonden,
dan was het voorafgaand aan de overdracht dus
kennelijk al zo dat, zowel in de onderlinge verhou-
ding tussen Klépierre en Markthal Rotterdam B.V.,
als in de verhouding tussen Klépierre en de huur-
ders, een dergelijke mededelingsplicht bij Klépierre
rustte. Het beroep op dwaling had naar mijn idee
in dit geval dus ook rechtstreeks op grond van art.
7:226 BW aan Klépierre kunnen worden tegenge-
worpen.

Opheffing van het nadeel van dwaling

Het tweede element van de onderhavige uitspraak
dat ik wil belichten, is het feit dat de kantonrechter
bij de opheffing van het geleden nadeel een 'knip'
maakt in de wijze waarop het nadeel wordt opge-
heven. Gedurende de periode 2014 tot en met 2017
hoeven de huurders niet meer te voldoen dan een
bedrag gelijk aan een overschrijding van 50% ten
opzichte van het overeengekomen voorschotbe-
drag. Voor de daaropvolgende jaren heeft de kan-
tonrechter echter bepaald dat de huurovereenkom-
sten ongewijzigd blijven voortduren.¹⁹

Als sprake is van dwaling, dan heeft de rechter –
op verlangen van een van de contractspartijen – de
mogelijkheid om, in plaats van de overeenkomst te
vernietigen, de gevolgen van de overeenkomst te
wijzigen ter opheffing van het geleden nadeel. De
wet bepaalt niet dat de overeenkomst wordt gewij-
zigd, maar alleen dat de gevolgen daarvan worden
gewijzigd. In dat kader is het opvallend dat de Hoge
Raad in het arrest *Ruinemans/Heijmeijer*²⁰ een over-
weging van het hof, waarin wel werd gesproken
over het aanpassen van de overeenkomst zelf, op
dat onderdeel in stand heeft gelaten. Hoewel het
verschil wellicht theoretisch aandoet, meen ik dat

17. R.o. 2.4 van de onderhavige uitspraak. Corio Neder-
land B.V. is thans Klépierre.

18. R.o. 2.2 van de onderhavige uitspraak.

19. R.o. 5.3.18 - 5.3.21 van de onderhavige uitspraak.

20. HR 18 januari 2002, NJ 2002/106, r.o. 3.13.

het verschil toch van belang kan zijn. Ik denk dan bijvoorbeeld aan de situatie waarbij het rechtsgevolg is gewijzigd van een beding dat via art. 7:226 BW overgaat op een nieuwe verhuurder. Art. 7:226 BW spreekt enkel van de bedingen die overgaan. Of ook een gewijzigd rechtsgevolg van dat verder onveranderde beding mee overgaat op een opvolgend verhuurder, is maar de vraag.

De wet bepaalt niet op welke wijze de rechter – als aangenomen wordt dat sprake is van dwaling – de gevolgen zou moeten wijzigen. Hijma betoogt dan ook dat bij de opheffing van het nadeel de rechter een grote mate van discretionaire bevoegdheid heeft.²¹ Wel is duidelijk dat de rechter niet verder kan gaan bij het wijzigen van de gevolgen van de overeenkomst, dan noodzakelijk is voor de opheffing van het nadeel van de dwalende. Als de gevolgen van de overeenkomst door de rechter worden gewijzigd, dan gelden de wijzigingen in beginsel pas vanaf het moment dat de rechter de gevolgen heeft gewijzigd. Anders dan bij vernietiging van de overeenkomst, worden de gevolgen niet van rechtswege met terugwerkende kracht gewijzigd. De Hoge Raad overweegt in het arrest *Kroonenberg/Luycks* in dat kader: "De tekst van art. 6:230 lid 2 BW biedt geen steun voor de opvatting dat aan de wijziging van de gevolgen van een overeenkomst steeds of als regel terugwerkende kracht moet worden verbonden. Ook de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling, bezien in samenhang met die van de art. 3:54 en 6:258 lid 1 BW, biedt voor die opvatting geen steun. Het ligt veeleer voor de hand aansluiting te zoeken bij de regeling van de wijziging van de gevolgen van een overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden in art. 6:258 lid 1 BW, waarvan de slotzin, voor zover hier van belang, bepaalt dat aan de wijziging terugwerkende kracht kan worden verleend. Of en in hoeverre terugwerkende kracht dient te worden verleend aan de op grond van art. 6:230 lid 2 BW gewijzigde gevolgen van een overeenkomst, zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval."²² Indien een partij wil dat de gevolgen van een overeenkomst ook naar het verleden worden gewijzigd, dan zal die partij dat dus ook (expliciet) moeten vorderen bij de rechter.

Wat de reden is dat de rechter in de onderhavige uitspraak wel de gevolgen naar het verleden heeft opgeheven, maar de gevolgen van de huurovereenkomsten naar de toekomst toe ongemoeid laat, wordt in r.o. 5.3.18 slechts gemotiveerd met de opmerking dat de gevolgen niet te overzien zouden zijn. Enerzijds valt er inderdaad wat voor te zeggen dat de kantonrechter de gevolgen van de huurovereenkomst in de toekomst ongemoeid laat, omdat de toekomst moeilijk te overzien valt. Er kunnen zich altijd omstandigheden voordoen op basis waarvan het niet wenselijk zou zijn dat de gevolgen van de huurovereenkomsten gewijzigd zouden zijn op dit punt. Bijvoorbeeld als het pakket van de door de verhuurder te verzorgen zaken en leveringen wij-

zigt of als de werkelijke kosten om een andere reden stijgen, zoals stijging van het aantal bezoekers. De wijziging van de gevolgen door de kantonrechter kan dan een voortdurende bron van conflicten vormen. Het zou kunnen dat de kantonrechter dergelijke onzekere toekomstige omstandigheden heeft willen voorkomen.

Anderzijds is een dergelijke 'knip' in de gevolgen ook opmerkelijk, omdat het nadeel van de dwaling met de onderhavige procedure niet opeens is weggenomen. De huurders zullen ook in de toekomst geconfronteerd blijven worden met hogere voorschotten en/of hogere servicekostenafrekeningen dan de huurders bij het aangaan van de huurovereenkomsten hadden hoeven te verwachten. Bovendien lijkt de redenering van de kantonrechter erop neer te komen dat als de huurders langer gewacht hadden met het instellen van de vordering, dat dan ook de compensatie van het nadeel hoger was geweest. Er waren dan immers meer recente afrekeningen betrokken kunnen worden bij het gewezen vonnis. In dat opzicht was er wellicht ook wat voor te zeggen geweest indien de kantonrechter de gevolgen ook naar de toekomst toe had gewijzigd. Nu lijkt het er voor de huurders op neer te komen dat zij, mits huurders en verhuurder niet tot nadere afspraken zouden komen, ieder jaar of eens in de zoveel tijd opnieuw naar de rechter moeten in het kader van nieuwe servicekostenafrekeningen. In die procedures staat dan al vast dat de huurders gedwaald hebben. Er zou dan alleen nog gediscussieerd kunnen worden ten aanzien van de mate waarop de huurders nadeel hebben ervaren van die dwaling.

V.G.J. Boumans²³

TvHB 2018/16

**Rechtbank Rotterdam, sector kanton, locatie Rotterdam
26 april 2018**

Zknr. 6587701 VZ VERZ 18-664

[verhuurder] / HEMA B.V.

Met noot van C.A.M. Russel

Samenvatting

Huurprijsaanpassing, deskundigenbenoeming, overeenstemming

De verhuurder van een bedrijfsruimte ex art. 7:290 BW is van mening dat de huurprijs op grond van art. 7:303 BW dient te worden verhoogd. Partijen zijn in dat kader in overleg getreden over de benoeming van een deskundige voor een advies omtrent de huurprijs. Op

21. Hijma, diss., p. 191; *Parl. Gesch.* Boek 3, p. 242.

22. HR 11 juli 2003, NJ 2004/616, r.o. 3.4.2 (*Kroonenberg / Luycks*).

23. Vincent Boumans is werkzaam als advocaat bij Lexence Advocaten & Notarissen N.V. te Amsterdam.