

4. Rechtbank 's-Hertogenbosch, sector kanton, locatie 's-Hertogenbosch

19 oktober 2012

LJN BY1179; JHV 2012, 206; RVR 2013, 7

Bestseller / Reaal

Samenvatting

Huurprijs, deskundigenbenoeming, vernietiging afwijkend beding

Huurder verzoekt benoeming van een deskundige ex art. 7:304 lid 2 BW. Verhuurder stelt dat huurder niet ontvankelijk is in haar verzoek aangezien partijen voor de wijze van benoeming van (een) deskundige(n) een beding in de algemene bepalingen zijn overeengekomen. Huurder doet een succesvol beroep op vernietiging van dit beding aangezien dit beding ten nadele van huurder afwijkt van de semi-dwingendrechtelijke huurbepalingen (art. 7:291 lid 1 BW).

Kantonrechter

Bestseller Wholesale Benelux B.V.,
gevestigd te Amstelveen,
verzoekster,
hierna: Bestseller,
gemachtigde: mr. E.H. Mulckhuysse,
tegen
Reaal Winkels I B.V.,
gevestigd te Utrecht,
verweerster,
hierna: Reaal,
gemachtigde: mr. E.P.W. Korevaar.

(...)

2. Inleiding

2.1. Reaal verhuurt aan Bestseller de onroerende zaak, gelegen te Oss aan de Heuvel 15. De huur is ingegaan per 1 november 2005, voor de duur van 5 jaar. De huurovereenkomst is nadien steeds verlengd met perioden van 5 jaar. De huurprijs bedraagt thans € 74.838,84 per jaar, exclusief btw.

Het gehuurde is bestemd om te worden gebruikt als 'detailhandel ten behoeve van de verkoop van mode conform de landelijk gevoerde "Vero Moda"-formule en/of andere Bestseller formules'. Het gehuurde wordt als zodanig gebruikt. De huurovereenkomst heeft derhalve betrekking op een bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:290 lid 2 BW.

2.2. Bestseller stelt dat de huurprijs van het gehuurde niet overeenstemt met de huurprijzen van vergelijkbare bedrijfsruimten ter plaatse, zodat zij aanpassing daarvan wenst op de voet van art. 7:303 BW. Partijen hebben geen overeenstemming bereikt over de benoeming van een deskundige als bedoeld in artikel 7:304 BW en Bestseller verzoekt daarom om, op de voet van het bepaalde in artikel 7:304 lid 2 BW, de heer [X], werkzaam bij Brickstone Retail B.V. te Amsterdam, althans een aan dat kantoor verbonden persoon, te benoemen tot deskundige om een adviesrapport uit te brengen betreffende de nadere huurprijs van het gehuurde per 15 september 2012.

2.3. Reaal heeft, kort weergegeven, het volgende verweer gevoerd.

Bestseller is niet ontvankelijk in het verzoek, omdat zij niet de in artikel 9.2 van de toepasselijke algemene bepalingen voorgeschreven route heeft bewandeld om tot toetsing van de huurprijs te komen. Nog voordat Reaal, conform dat ar-

tikel, een deskundige kon voordragen heeft Bestseller reeds het onderhavige verzoek ingediend.

Indien deze contractuele regeling niet geldt is Bestseller ook niet ontvankelijk in haar verzoek, omdat er geen serieuze onderhandelingen tussen partijen hebben plaats gevonden en het verzoek slechts is ingediend teneinde de ingangsdatum van de nieuwe huurprijs vast te leggen. Als artikel 9.2 wordt gevolgd bestaat er wel overeenstemming tussen partijen over de te benoemen deskundigen, daar Bestseller een deskundige heeft voorgedragen en Reaal inmiddels ook een deskundige heeft voorgedragen; deze beide deskundigen moeten op de voet van artikel 9.2 een derde deskundige aanwijzen.

Indien Bestseller ontvankelijk is in haar verzoek en de contractuele regeling tussen partijen niet zou gelden, maakt Reaal bezwaar tegen de door Bestseller voorgedragen deskundige, aangezien de voormalige en de huidige werkgever van de heer [X] werkzaamheden voor Bestseller heeft verricht en Reaal derhalve twijfelt aan de onafhankelijkheid van Brickstone. Reaal verzoekt de BHAC of een medewerker van LMBS Retail B.V. te benoemen.

Voorts verzoekt Reaal om aan de deskundige een instructie mee te geven, namelijk te bepalen dat de deskundige de vergelijking met de vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse baseert op verhuurbaar vloeroppervlakte (VVO) conform NEN 2580. Tevens verzoekt zij de deskundige op te dragen te adviseren over de huurprijs per 31 december 2012, zijnde zes maanden na de brief van 6 juni 2012 van Bestseller, aangezien in de branche een termijn van zes maanden redelijk wordt geacht voor het bereiken van overeenstemming en Bestseller geen serieus overleg over de aanpassing van de huurprijs heeft gevoerd.

2.4. Bestseller heeft, ter zitting, onder meer de vernietigbaarheid van artikel 9.2 van de algemene bepalingen ingeroepen en verzocht de BHAC te benoemen tot deskundige.

3. De beoordeling

3.1. Artikel 9.2 van de op de onderhavige overeenkomst toepasselijke Algemene Bepalingen Huurovereenkomst Winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:290 BW (model ROZ, juli 2003) houdt – geparafraseerd – in dat, als een partij gebruik wil maken van zijn wettelijke bevoegdheid om nadere vaststelling van de huurprijs te verlangen, hij de wederpartij daarvan in kennis dient te stellen uiterlijk zes maanden voor de datum waarop de herziene huurprijs zal moeten ingaan, en dat, als partijen geen overeenstemming bereiken over de nieuwe huurprijs, die nieuwe huurprijs door drie deskundigen wordt vastgesteld, waarvan beide partijen ieder één benoemen en de aldus benoemde deskundigen tezamen de derde benoemen. Volgens het artikel is de uitkomst van het deskundigenadvies bindend, zij het dat het de huurder en verhuurder niet kan weerhouden om vervolgens nadere vaststelling van de huurprijs door de kantonrechter te vorderen.

3.2. Ingevolge artikel 7:291 BW is artikel 7:304 BW van semi-dwingend recht. Afwijking van het bepaalde in artikel 7:304 BW ten nadele van de huurder kan slechts met goedkeuring van de rechter.

Bestseller heeft betoogd dat voormeld artikel 9.2 ten nadele van de huurder afwijkt van het bepaalde in artikel 7:304 BW. Reaal heeft dat betwist, betogende dat dat eerst achteraf, doch slechts in het geval de deskundigen een hogere huur hebben geadviseerd, kan worden vastgesteld.

3.3. De kantonrechter is met Bestseller van oordeel dat artikel 9.2 ten nadele van de huurder afwijkt van het bepaalde in artikel 7:304 BW. Artikel 7:304 BW bepaalt dat een vordering tot nadere huurprijsvaststelling slechts ontvankelijk is indien deze vergezeld gaat van een advies omtrent de nadere huurprijs, opgesteld door een of meer door partijen gezamenlijk benoemde ter zake deskundigen (onderstreping ktr.). Artikel 9.2 sluit uit dat partijen slechts één deskundige benoemen. Voorts bepaalt artikel 9.2 dat de huurder een deskundige benoemt en dat de verhuurder een deskundige benoemt, waarna deze deskundigen gezamenlijk een derde deskundige benoemen. Dat betreft derhalve geen gezamenlijke benoeming van de deskundige(n) door de huurder en de verhuurder. Een en ander is in het nadeel van de huurder, waar de regeling haar verplicht ten minste de kosten van de door haar benoemde deskundige en de helft van de kosten van de derde deskundige te dragen (in plaats van de helft van de kosten van één deskundige), en waar de regeling ertoe verplicht dat het advies mede is gebaseerd op een partijdig advies van de kant van de verhuurder, in plaats van op een objectief deskundigenadvies.

Vaststaat dat geen van partijen op de voet van artikel 7:291 lid 3 BW goedkeuring aan de kantonrechter heeft verzocht voor de toepasselijkheid van het beding van artikel 9.2 van de algemene voorwaarden. Aan Bestseller komt derhalve een beroep toe op de vernietigbaarheid van dit artikel. Het artikel geldt derhalve niet in de relatie tussen partijen.

3.4. Voor de ontvankelijkheid van het verzoek is niet vereist dat partijen tevoren serieuze onderhandelingen hebben gevoerd. Het vereiste van het voeren van serieuze onderhandelingen betreft, blijkens de parlementaire geschiedenis, de procedure op de voet van artikel 7:303 BW. Als partijen het na een eerste aftasting niet eens zijn over een aanpassing van de huurprijs, is serieus overleg over de aanpassing van de huurprijs vrijwel onmogelijk zonder dat een deskundigenadvies voorhanden is. Zonder een objectief c.q. onafhankelijk advies van een deskundige zal immers geen van beide partijen geneigd zijn zich neer te leggen bij een standpunt of argument van de wederpartij. Om die reden is juist in artikel 7:304 BW bepaald dat een vordering ex artikel 7:303 BW slechts ontvankelijk is indien deze vergezeld gaat van een deskundigenadvies omtrent de nadere huurprijs. Voor een verzoek op de voet van artikel 7:304 BW is slechts vereist dat partijen met elkaar hebben afgestemd of zij overeenstemming kunnen bereiken over de benoeming van een deskundige. Indien (al snel) blijkt dat dat niet mogelijk is, hebben beide partijen de bevoegdheid om op de voet van artikel 7:304 BW benoeming van een deskundige door de rechter te verzoeken.

3.5. Uit de overgelegde correspondentie tussen partijen blijkt dat tussen hen geen overeenstemming bestaat over een te benoemen deskundige. Nadat Bestseller bij brief van 6 september 2012 had voorgesteld de heer [X] tot deskundige te benoemen en verzocht had om een reactie op dat voorstel binnen één week, heeft Reaal eerst na het indienen van het onderhavige verzoek, bij brief van 17 september 2012, voorgesteld mr. [Y] tot deskundige te benoemen. Tussen partijen bestaat derhalve geen overeenstemming over de te benoemen deskundige.

3.6. Er is onvoldoende grond om Bestseller niet ontvankelijk te verklaren in het verzoek omdat het haar louter zou gaan om het vastleggen van de ingangsdatum van de nieuwe huurprijs. Uit het voorgaande blijkt dat tussen partijen geen

overeenstemming bestaat over de te benoemen deskundige. Bestseller is derhalve ontvankelijk in het verzoek.

3.7. Ter zitting heeft Bestseller, gelet op de bezwaren van Reaal tegen benoeming van de heer [X] tot deskundige, verzocht de BHAC Noord Oost Brabant tot deskundige te benoemen. Reaal heeft verzocht om benoeming van de BHAC dan wel een medewerker van LMBS Retail BV. In aanmerking genomen de verzoeken van partijen zal de kantonrechter de BHAC Noord Oost Brabant benoemen tot deskundige.

3.8. Het verzoek van Reaal om te bepalen dat de deskundige de vergelijking met de vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse baseert op verhuurbaar vloeroppervlakte (VVO) conform NEN 2580, zal niet worden ingewilligd. Daargelaten dat Bestseller ter zitting te kennen heeft gegeven dat wat haar betreft de vergelijking op basis van deze normen zal worden gedaan, is het, behoudens bijzondere omstandigheden, niet aan de kantonrechter om in het kader van de onderhavige procedure instructies te geven aan de deskundige over de wijze waarop hij het onderzoek dient uit te voeren. Van bijzondere omstandigheden als bedoeld is in dit geval echter geen sprake.

3.9. Ook het verzoek van Reaal om de deskundige op te dragen te adviseren over de huurprijs per 31 december 2012 is niet voor inwilliging vatbaar.

Artikel 7:304 lid 2, tweede volzin, BW, houdt in dat de dag van het verzoek ex artikel 7:304 lid 2 BW geldt als de dag waarop de vordering tot nadere vaststelling van de huurprijs is ingesteld als bedoeld in artikel 7:303 leden 1, 2 en 4 BW. Indien Reaal van mening is dat er gegronde redenen bestaan om af te wijken van het aldus bepaalde, staat het haar vrij zich daarop te beroepen in de procedure ex artikel 7:303 BW, waar de beslissing over de ingangsdatum van de nieuwe huurprijs thuis hoort. Hetgeen Reaal daaromtrent in de onderhavige procedure heeft aangevoerd – ‘in de branche wordt een termijn van zes maanden redelijk geacht voor het bereiken van overeenstemming over een huurprijsaanpassing althans voor het voeren van serieus overleg over een zodanige aanpassing, en omdat Bestseller geen serieus overleg heeft gevoerd dient dat te worden gesanctioneerd met een latere ingangsdatum’ – levert in ieder geval geen bijzondere omstandigheden op die ertoe nopen in de onderhavige procedure te bepalen dat de deskundige in het advies (mede) uitgaat van een andere ingangsdatum. Gelijk hiervoor overwogen is het voeren van serieus overleg geen ontvankelijkheidsvereiste voor het onderhavige verzoek.

3.10. Bestseller heeft verzocht om, op de voet van artikel 7:304 lid 3 BW jo. de artikelen 195 en 196 Rv., te bepalen dat iedere partij de helft van de kosten van de deskundige dient te voldoen aan de BHAC, met bepaling van de termijn voor de voldoening op twee weken na de factuurdatum. Reaal heeft daartegen bezwaar gemaakt.

Ingevolge artikel 7:304 lid 3 BW zijn de kosten van het advies proceskosten. Het betreft evenwel geen kosten die in deze procedure worden gemaakt. In de onderhavige procedure dient slechts de deskundige te worden benoemd. Daarmee is deze procedure geëindigd. De exacte omvang van de kosten staat, ondanks een indicatie die de BHAC heeft gegeven, thans ook nog niet vast. Die omvang is mede afhankelijk van de vragen die partijen aan de deskundige voorleggen. Als partijen geen overeenstemming in der minne kunnen bereiken over een toedeling of verdeling van de kosten van de deskundige, dient een beslissing daarover te wor-

den gevorderd en genomen in een procedure ex artikel 7:303 BW. In die procedure kan op alle aspecten van de nadere huurprijsvaststelling, inclusief de daarmee gemoeide kosten, worden ingegaan.

Als partijen geen overeenstemming bereiken over het dragen van de kosten van de deskundige, is het uitgangspunt dat de verzoekende partij die kosten voorlopig, namelijk in afwachting van een latere beslissing dienaangaande, draagt. 3.11. Aangenomen wordt dat de meest gerede partij contact zal opnemen met de deskundige en deze opdracht zal geven tot het uitbrengen van een advies over de huurprijs naar de maatstaven van artikel 7:303 BW, en daarbij tevens zal bepalen dat de deskundige partijen in de gelegenheid zal stellen (zoveel mogelijk gespecificeerde) voorstellen voor vergelijkingspanden te doen, en van die voorstellen en zijn bevindingen naar aanleiding daarvan verslag zal doen in het uit te brengen schriftelijk advies.

Tevens wordt aangenomen dat de deskundige partijen in de gelegenheid zal stellen opmerkingen te maken over zijn bevindingen, en dat de deskundige deze opmerkingen in het eindrapport vermeldt en daarin eveneens zijn gemotiveerde reacties daarop verwerkt.

3.12. Er zijn gronden om de kosten van de procedure te compenseren als na te melden.

4. De beslissing

De kantonrechter:

benoemt tot deskundige de Bedrijfshuuradviescommissie Noord Oost Brabant teneinde onderzoek te doen en een advies uit te brengen over de huurprijs per 17 september 2012 van de bedrijfsruimte, gelegen te Oss aan de Heuvel 15, een en ander met inachtneming van de bepalingen van artikel 7:303 BW;

compenseert de proceskosten, in die zin dat elk der partijen de eigen kosten draagt.

Aldus gegeven op 19 oktober 2012 door mr. J.H. Wiggers, kantonrechter te 's-Hertogenbosch.

Commentaar

Onder het tot 1 augustus 2003 geldende huurrecht waren de bepalingen voor huur van 290-bedrijfsruimte van dwingend recht. Behoudens met rechterlijke goedkeuring wegens de bijzondere omstandigheden van het geval op grond van art. 7A:1629 lid 2 (oud) BW kon hier noch ten nadele van verhuurder, noch ten nadele van huurder van worden afgeweken. Sinds de inwerkingtreding van het nieuwe huurrecht op 1 augustus 2003 zijn de bepalingen voor huur van bedrijfsruimte (titel 7.4.6) van semi-dwingend recht op grond van art. 7:291 lid 1 BW. Er kan derhalve in een huurovereenkomst en eventuele bijbehorende algemene bepalingen wel in het voordeel van de huurder van deze bepalingen worden afgeweken, maar niet in het nadeel. Gebeurt dit toch, dan heeft de huurder de mogelijkheid om de betreffende bepaling te (laten) vernietigen door middel van een buitengerechtelijke verklaring aan de verhuurder, hetzij door middel van een rechterlijke uitspraak (art. 3:49 BW). Indien ten nadele van de huurder afwijkende bedingen zijn goedgekeurd door de rechter, kunnen deze niet door de huurder worden vernietigd (art. 7:291 lid 2 BW). Evenwel geldt als uitgangspunt dat (ook) niet door de rechter goedgekeurde bedingen die ten nadele van de huurder afwijken, gelding hebben tussen partijen. Voor de buiten toepassing verklaring van het met de semi-dwingend huurrechtelijke bepalingen strijdige beding dient aldus eerst de vernietiging door de huurder

te worden ingeroepen. Door de vernietiging wordt het beding geacht altijd nietig te zijn geweest aangezien de vernietiging terugwerkt tot het moment waarop de rechtshandeling is verricht (art. 3:53 BW). Het moment waarop de rechtshandeling is verricht is het moment waarop het beding is overeengekomen. Vaak zal dit moment samenvallen met het moment waarop de huurovereenkomst is gesloten, maar dit moment kan ook later zijn, bijvoorbeeld indien partijen nadere afspraken hebben gemaakt. Oplettendheid van de huurder is echter geboden, aangezien de mogelijkheid tot buitengerechtelijke vernietiging van een ten nadele van de huurder afwijkend beding verjaart, drie jaren nadat hem de bevoegdheid om deze vernietigingsgrond in te roepen ten dienste is komen te staan (art. 3:52 lid 1 sub d BW). Daarna resteert slechts de mogelijkheid het beroep op vernietiging in rechte te doen ter afwering van een op de rechtshandeling steunende vordering of andere rechtsmaatregel (art. 3:53 lid 3 BW). Dat wil zeggen: bij wijze van verweer in een procedure.

In de onderhavige zaak deed de huurder een beroep op vernietiging – bij wijze van verweer in een procedure – van een ten nadele van hem van de semi-dwingendrechtelijke huurbepalingen afwijkend beding. In het kort ging het in de onderhavige zaak om het volgende. De huurder, Bestseller, heeft met verhuurder, Reaal, een huurovereenkomst gesloten met betrekking tot bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 lid 2 BW. Op de huurovereenkomst zijn de Algemene Bepalingen Huurovereenkomst Winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW model ROZ 2003 ('Algemene Bepalingen') van toepassing verklaard. Op grond van art. 9.2 van de Algemene Bepalingen dient een partij die gebruik wil maken van zijn wettelijke bevoegdheid om nadere vaststelling van de huurprijs te verlangen, de wederpartij daarvan in kennis te stellen uiterlijk zes maanden voor de datum waarop de herziene huurprijs zal moeten ingaan, en dient de huurprijs – indien daarover tussen partijen geen overeenstemming wordt bereikt – door drie deskundigen te worden vastgesteld, waarvan beide partijen ieder één deskundige benoemen en deze twee deskundigen samen een derde deskundige benoemen. De uitkomst van dit advies is bindend.²⁴ Bestseller is van mening dat de huurprijs die zij betaalt niet overeenstemt met de huurprijzen van vergelijkbare bedrijfsruimten ter plaatse en dat deze dient te worden aangepast. Daarop verzoekt Bestseller – ondanks art. 9.2 van de Algemene Bepalingen – de rechter om een deskun-

24. De exacte tekst van art. 9.2 Algemene Bepalingen luidt: *“Indien een partij gebruik wil maken van zijn wettelijke bevoegdheid om, afgezien van de overeengekomen huurprijsaanpassing als bedoeld in 9.1, nadere vaststelling van de huurprijs te verlangen, stelt hij de andere partij daarvan bij aangetekend schrijven met bericht van ontvangst in kennis uiterlijk zes maanden voor de datum waarop de herziene huurprijs zal moeten ingaan. Wanneer partijen binnen acht weken na verzending van de kennisgeving niet tot overeenstemming zijn gekomen over de nieuwe huurprijs, wordt die huurprijs vastgesteld door drie deskundigen. Elk der partijen benoemt een deskundige. De beide deskundigen tezamen benoemen een derde deskundige. Bij de nadere vaststelling van de huurprijs hanteren de drie deskundigen dezelfde criteria als die de rechter daarbij moet hanteren. Het oordeel van de derde deskundige is beslissend als er tussen de deskundigen*

dige te benoemen op grond van art. 7:304 lid 2 BW aangezien partijen geen overeenstemming zouden hebben bereikt omtrent de te benoemen deskundige. Reaal stelt dat Bestseller niet ontvankelijk is in haar verzoek aangezien zij niet de weg van het overeengekomen art. 9.2 Algemene Bepalingen heeft gevolgd en Bestseller het verzoek aan de rechter had gedaan nog voordat Reaal conform dat artikel een deskundige had kunnen voordragen. Daarop heeft Bestseller zich ter zitting beroepen op de vernietigbaarheid van art. 9.2 van de Algemene Bepalingen aangezien dit artikel ten nadele van haar afwijkt van het – op grond van artikel 7:291 lid 2 BW – semi-dwingend rechtelijke art. 7:304 BW. Dit verweer slaagt. De kantonrechter is van oordeel dat “*art. 7:304 BW bepaalt dat een vordering tot nadere huurprijvaststelling slechts ontvankelijk is indien deze vergezeld gaat van een advies omtrent de nadere huurprijs, opgesteld door één of meer door partijen gezamenlijk benoemde terzake deskundigen*” en dat art. 9.2 uitsluit dat partijen slechts één deskundige benoemen. Voorts oordeelt de kantonrechter dat art. 9.2 bepaalt dat “*de huurder een deskundige benoemt en dat de verhuurder een deskundige benoemt, waarna deze deskundigen gezamenlijk een derde deskundige benoemen. Dat betreft derhalve geen gezamenlijke benoeming van de deskundige(n) door de huurder en de verhuurder. Een en ander is in het nadeel van de huurder, waar de regeling haar verplicht ten minste de kosten van de door haar benoemde deskundige en de helft van de kosten van de derde deskundige te dragen (in plaats van de helft van de kosten van één deskundige), en waar de regeling ertoe verplicht dat het advies mede is gebaseerd op een partijdig advies van de kant van de verhuurder, in plaats van op een objectief deskundigenadvies.*” Nu vaststond dat er geen goedkeuring van de kantonrechter bestond voor het afwijkende beding, kwam aan Bestseller een beroep op vernietiging van art. 9.2 Algemene Bepalingen toe.

Dit artikel uit de op veel huurovereenkomsten van toepassing verklaarde Algemene Bepalingen is derhalve in strijd met semi-dwingend recht en daarmee vernietigbaar. Ook in de algemene bepalingen van het ROZ-model 1994 (art. 4.2) en het ROZ-model 2008 (art. 20.3) staan dergelijke bedingen opgenomen. Bovendien wordt in huurovereenkomsten die niet worden gesloten conform het ROZ-model veelvuldig gebruik gemaakt van soortgelijke bedingen.

De wettelijke huurprijswijzigingsprocedure is als volgt. Zowel de huurder als de verhuurder kunnen vorderen dat de rechter de huurprijs nader zal vaststellen indien die niet overeenstemt met die van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse (art. 7:303 lid 1 BW).²⁵ Als ontvankelijkheidseis geldt dat dit verzoek dient te worden vergezeld van een advies omtrent de nadere huurprijs, dat is opgesteld door een of meer door partijen gezamenlijk benoemde deskundigen (art. 7:304 lid 1 BW).²⁶ In de praktijk leidt dit vaak tot discussie. Indien partijen geen overeenstemming bereiken over de te benoemen deskundige(n), benoemt de rechter deze op verzoek van de meest gerede partij (art. 7:304 lid 2 BW). Daarbij geldt de dag waarop dit verzoek aan de rechter wordt gedaan als de dag waarop de vordering tot nadere vaststelling van de huurprijs is ingesteld. Voor degene die de aanpassing van de huurprijs vordert is het van belang om deze datum te fixeren, aangezien – indien de rechter een nieuwe huurprijs vaststelt – deze in beginsel geldt vanaf de dag waarop deze is gevorderd (art. 7:303 lid 4 BW). Daarnaast let de rechter bij de nadere vaststelling van de huur-

prijs op het gemiddelde van de huurprijzen van vergelijkbare bedrijfsruimten ter plaatse, die zich hebben voorgedaan in het tijdvak van vijf jaren voorafgaande aan de dag van het instellen van de vordering (art. 7:303 lid 2 BW). In de praktijk zal de discussie omtrent de aan te stellen deskundige(n) daarom veelal niet meer omvatten dan het voorstel van een deskundige aan de andere partij, waarna – indien de voorgestelde deskundige niet akkoord wordt bevonden – er direct een verzoek tot aanstelling van een deskundige wordt gedaan aan de rechter. Zoals ook in deze zaak werd geoordeeld zijn ‘serieuze onderhandelingen’ geen vereiste voor ontvankelijkheid.²⁷ Teneinde dit hele traject te vermijden, nemen partijen hierover vaak een beding op in de huurover-

geen overeenstemming wordt bereikt over de vast te stellen huurprijs. De deskundigen brengen hun rapport uit binnen zes weken nadat zij hun benoeming hebben aanvaard. Een partij betaalt de kosten van een door hem benoemde deskundige. De kosten van de derde deskundige worden door ieder der partijen voor de helft gedragen. De uitkomst van het deskundigenadvies is bindend, met dien verstande dat het zowel huurder als verhuurder niet kan weerhouden om vervolgens nadere vaststelling van de huurprijs door de kantonrechter te vorderen. Een dergelijke vordering kan uitsluitend vergezeld gaan van het hierboven weergegeven deskundigenadvies, welk advies wordt geacht te zijn opgesteld door ter zake deskundigen die door partijen gezamenlijk zijn benoemd. Partijen worden geacht over de benoeming van een deskundige geen overeenstemming te hebben bereikt, indien een partij van de wederpartij binnen drie weken na dagtekening van het verzoek om tot nadere huurprijvaststelling over te gaan, geen opgave heeft ontvangen van een door de wederpartij aangewezen deskundige die de benoeming heeft aanvaard. Ook worden partijen geacht over de benoeming van een deskundige geen overeenstemming te hebben bereikt als er binnen zes weken na dagtekening van het verzoek tot nadere huurprijvaststelling geen aan een ieder van hen bekend gemaakte derde deskundige is benoemd. Bij het ontbreken van overeenstemming tussen partijen over de benoeming van een deskundige kan de meest gerede partij de benoeming van (een) deskundige(n) aan de rechter vragen. Alleen deze door de rechter benoemde deskundige(n) brengt/brengen dan het advies omtrent de nadere huurprijs uit.”

25. Art. 7:303 lid 1 BW luidt: “Zowel de huurder als de verhuurder kunnen vorderen dat de rechter de huurprijs, zo deze niet overeenstemt met die van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse, nader zal vaststellen: a. indien de overeenkomst voor bepaalde tijd geldt, na afloop van de overeengekomen duur; b. in alle andere gevallen, telkens wanneer ten minste vijf jaar zijn verstreken sinds de dag waarop de laatste door partijen vastgestelde huurprijs is ingegaan of waarop de laatste door de rechter vastgestelde huurprijs is gevorderd.”
26. Art. 7:304 lid 1 BW luidt: “Een vordering tot nadere huurprijvaststelling is slechts ontvankelijk, indien deze vergezeld gaat van een advies omtrent de nadere huurprijs, opgesteld door een of meer door partijen gezamenlijk benoemde terzake deskundigen.”
27. Kamerstukken II, 2000/01, 26 932, nr. 5, p. 17. De achterliggende gedachte hiervan is blijkens de wetsgeschiedenis dat het beperken van de ontvankelijkheidseis weinig zinvol werd geacht. In de wetsgeschiedenis staat opgenomen: “Als partijen onderling overleggen en tot overeenstemming komen dan vragen zij geen vaststelling van de rechter

eenkomst die ofwel een regeling betreft omtrent de aanstelling van de deskundigen – zoals in de algemene bepalingen van de ROZ-modellen – ofwel waarbij een deskundige instantie wordt aangewezen die in een dergelijk geval als deskundige zal optreden. In het eerste geval wijkt deze regeling doorgaans ten nadele van de huurder af van de wettelijke regeling (art. 7:304 lid 1 BW), zoals ook aan de orde in deze uitspraak. De huurder kan dan een beroep doen op vernietiging van het beding. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat een huurder zich in het tweede geval op het standpunt zou kunnen stellen dat er sprake is van een onredelijk bezwarend beding op grond van art. 6:231 e.v. BW.²⁸ Of het beding onredelijk bezwarend is, hangt af van de eventuele onredelijke bezwarende gevolgen waaraan het beding, bij gebondenheid daaraan, de huurder van aanvang af blootstelt. Of het beding onredelijk bezwarend is hangt dus niet slechts af van de voor de huurder nadelige gevolgen die zich in het gegeven geval ook daadwerkelijk hebben verwezenlijkt (art. 6:233 BW).²⁹ De aanwijzing van een deskundige vooraf zou bijvoorbeeld onredelijk bezwarend kunnen zijn indien de huurder geen invloed heeft gehad op de deskundige instantie die als deskundige is benoemd. Dit is vaak het geval indien de deskundige instantie staat opgenomen in de algemene bepalingen die worden gehanteerd door de verhuurder. Indien het beding onredelijk bezwarend wordt bevonden, kan de huurder het beding vernietigen.

Hoewel het voorgaande wellicht zou doen vermoeden dat vernietiging door de huurder altijd in de rede ligt, is dit niet het geval. In een zaak die in oktober 2011 speelde bij Rechtbank Arnhem waren partijen een soortgelijk beding overeengekomen als in deze zaak.³⁰ De huurder verzoekt aanpassing van de huurprijs en doet geen beroep op vernietiging van het afwijkende beding dat was opgenomen in de algemene voorwaarden. De deskundigen zijn vervolgens aangesteld conform de procedure zoals opgenomen in het tussen partijen overeengekomen beding (er wordt dus niet de procedure gevolgd conform art. 7:304 BW), waarbij door elk van partijen één deskundige wordt aangewezen en deze twee deskundigen gezamenlijk de derde deskundige aanwijzen.

Voorts is het ook voorgekomen dat een huurder niet de vernietiging van een ten nadele van hem van art. 7:304 BW afwijkend beding inroept, maar er daarentegen zelf een beroep op doet. In de zaak die speelde voor Rechtbank 's-Gravenhage, was het tegenovergestelde van de onderhavige zaak aan de orde.³¹ Tussen partijen was een huurovereenkomst gesloten waarop de algemene bepalingen van het model ROZ 1994 van toepassing waren verklaard. Daarin is in art. 4.2 een soortelijk beding opgenomen als in de algemene bepalingen conform het model ROZ 2003. De verhuurder verzocht in die zaak om een aanpassing van de huurprijs waarmee de huurder niet akkoord ging. Op gezamenlijk verzoek van partijen werd vervolgens door de Bedrijfshuuradviescommissie (hierna: BHAC) een huurprijadvies uitgebracht. Dit was aldus conform de wettelijke regeling (art. 7:304 lid 2 BW). De verhuurder conformeerde zich aan het advies van de BHAC, maar de huurder niet. De verhuurder maakte daarop een procedure ex art. 7:303 BW aanhangig. In die procedure beriep de huurder zich succesvol op het beding in de algemene bepalingen (art. 4.2) en betoogde dat de kantonrechter niet bevoegd was, nu niet de bindend advies procedure conform de algemene bepalingen was gevolgd. De rechter oordeelde dat de bevoegdheid tot vernietiging van ten nadele van de huurder van de wettelijke regeling afwij-

kende bedingen alleen aan de huurder toekwam en nu de huurder geen beroep op vernietiging van het beding had gedaan, het beding geldig was. De verhuurder had derhalve het traject zoals neergelegd in het door partijen overeengekomen afwijkende beding (art. 4.2 algemene bepalingen) dienen te volgen. Het semi-dwingendrechtelijke karakter van de regeling wordt hiermee onderstreept. Dat de verhuurder geen vernietiging kan inroepen van bedingen die afwijken van de wettelijke regeling geldt tevens voor huurovereenkomsten die zijn aangegaan onder het oude recht hoewel op grond van het oude huurrecht zowel de huurder als de verhuurder een beroep op vernietiging van dit beding konden doen. Dit was aan de orde in een zaak die voor de Hoge Raad kwam in 2010.³² De huurovereenkomst was aangegaan in 1984 en derhalve ruim voor de inwerkingtreding van het nieuwe huurrecht op 1 augustus 2003. Partijen wa-

meer. Komen zij daarentegen niet tot overeenstemming dan zal een van hen zich alsnog tot de rechter wenden. Het zou dan weinig gelukkig zijn, indien ontvankelijkheid van de vordering tot nadere huurprijvaststelling afhankelijk zou zijn van het bewijs dat inderdaad overleg heeft plaatsgevonden. Aldus zou immers over deze vraag in drie instanties kunnen worden geprocedeerd, voordat men aan de zaak zelf toekomt. Een ontvankelijkheidseis als de onderhavige hoort gekoppeld te zijn aan een formaliteit waarvan bewijs geen moeilijkheden oplevert.” In deze zaak overwoog de rechter (r.o. 3.4) dat als partijen het na een eerste aftasting niet eens zijn over een aanpassing van de huurprijs, serieus overleg over de aanpassing van de huurprijs vrijwel onmogelijk zal zijn zonder dat een deskundigenadvies voorhanden is. Zonder een objectief c.q. onafhankelijk advies van een deskundige zal immers geen van beide partijen geneigd zijn zich neer te leggen bij een standpunt of argument van de wederpartij. Een zaak waarin een rechter oordeelde dat er wel eerst serieuze onderhandelingen over de benoeming van een deskundige dienden plaats te hebben gevonden alvorens een deskundige door de rechtbank werd benoemd betrof de zaak bij de Rechtbank Maastricht, sector kanton, locatie Maastricht 17 april 2012, TvHB 2012, 16. De rechter oordeelde in die zaak: “De vaststelling dat partijen geen ‘overeenstemming bereiken’ over de benoeming van een deskundige die op verlangen van de huurder of verhuurder het voorbereidende werk dient te leveren voor de vordering tot huurprijvaststelling, kan redelijkerwijs eerst gedaan worden als er over een weer daadwerkelijk stappen gezet zijn die de conclusie van het uitblijven van op elkaar aansluitende intenties rechtvaardigen.”

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

29. Art. 6:233 BW luidt voor zover relevant: “Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar a. indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij; of (...).” Zie in dit kader HR 23 maart 1990, NJ 1991, 214 (Botman & Zonen/Van Haaster).

30. Rb. Arnhem, sector kanton, locatie Nijmegen 14 oktober 2011, LJN BU7586.

31. Rb. 's-Gravenhage, sector kanton, locatie Leiden 19 mei 2010, WR 2010, 111.

32. HR 28 mei 2010, NJ 2010, 300 (Momus II/Bierbrouwerij De Leeuw).

ren een beding overeengekomen dat ten gunste van de huurder afweek van art. 7:303 BW. De Hoge Raad overwoog in dit kader dat vooropgesteld moet worden *“dat ingevolge het bepaalde in art. 68a en art. 206 ONBW moet worden aangenomen dat art. 7:303 BW onmiddellijke werking heeft en dus van toepassing is op de vordering van [verhuurder], die is ingesteld na de inwerkingtreding van deze bepaling(..). Voorts moet uitgangspunt zijn dat art. 7:291 BW, dat uitsluitend strekt tot bescherming van de belangen van de huurder, ook van toepassing is op contractuele bedingen die beogen af te wijken van de in art. 7:303 lid 1 opgenomen bevoegdheid in bepaalde gevallen een nadere bepaling van de huurprijs te vorderen.”*

Ten slotte is het niet zo dat de verhuurder helemaal geen mogelijkheden ten dienste staan. Zoals in deze zaak, is in veel huurprijsaanpassingsbedingen opgenomen dat de uitkomst van het advies bindend is. Op grond van het ROZ-model is deze gebondenheid relatief aangezien op grond van het in de ROZ-modellen opgenomen beding altijd nog de weg naar de kantonrechter open staat. Indien in de bepaling geen gang meer naar de rechter open staat bestaat nog de mogelijkheid dat het bindend advies heeft te gelden als een vaststellingsovereenkomst waarop de bepalingen van art. 7:900 BW e.v. van toepassing zijn. De verhuurder heeft daarmee op grond van art. 7:904 lid 1 BW de mogelijkheid een beroep te doen op de vernietigbaarheid van het bindend advies *“indien gebondenheid aan een beslissing van een partij of een derde in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.”*³³ Hoewel dit geen eenvoudige rechtsgang betreft, staat een verhuurder dus niet geheel met lege handen.

De slotsom is dat partijen zich bewust dienen te zijn van de mogelijkheid die een huurder heeft tot vernietiging van een bepaling die ten nadele van hem afwijkt van de semi-dwingendrechtelijke huurbepalingen. Ook bij de ROZ-modellen dient gekeken te worden of de daarin staande bepalingen al dan niet in strijd zijn met semi-dwingend recht. Teneinde zeker te stellen dat een afwijkend beding niet voor vernietiging door de huurder in aanmerking komt, kan goedkeuring van dat beding door de kantonrechter worden verzocht.

A. de Fouw en K. Keij³⁴

-
33. Zie tevens Rb. Arnhem, sector kanton, locatie Nijmegen 14 oktober 2011, *LJN* BU7586. Zie over bindend advies in het algemeen: P.E. Ernste, *Bindend Advies* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012.
34. Anneloes de Fouw en Katja Keij zijn beiden werkzaam als advocaat bij BRICKS advocaten te Amsterdam.