

Jurisprudentiebespreking

TvHB 2015/21

**Rechtbank Noord-Nederland, sector kanton,
locatie Assen**

8 juli 2015

ECLI:NL:RBNNE:2015:4311

Herk Immo (Nederland) N.V. / [gedaagde]

Samenvatting

*Renovatie, vernietiging huurovereenkomst,
dwaling*

De huurder stemt in met het sluiten van een nieuwe huurovereenkomst voor de gehuurde bedrijfsruimte, aangezien de verhuurder stelt dat het gehuurde zal worden gerenoveerd. De oude huurovereenkomst wordt met wederzijds goedvinden beëindigd. De renovatie van het gehuurde vindt uiteindelijk geen doorgang, waarna de huurder de nieuwe huurovereenkomst vernietigt wegens dwaling. De huurder stelt de nieuwe huurovereenkomst slechts te zijn aangegaan vanwege de renovatie en de voordelen die daaruit voor de huurder zouden voortvloeien. De kantonrechter neemt aan dat er een causaal verband is tussen het sluiten van een nieuwe huurovereenkomst en de renovatie en verklaart voor recht dat de huurder de huurovereenkomst rechtsgeldig heeft vernietigd.

Rechtbank

de naamloze vennootschap Herk Immo (Nederland) N.V.,
hierna: Herk Immo,
gevestigd te 3062 ME Rotterdam, Lichtenauerlaan 30,
eisende partij in conventie, verwerende partij in reconventie,
gemachtigde: mr. B. Martens,
tegen
[gedaagde], voorheen h.o.d.n. [bedrijf gedaagde],
hierna: [gedaagde],
wonende te [woonplaats], [adres],
gedaagde partij in conventie, eisende partij in reconventie,
gemachtigde: mr. J.I. Veldhuis-Lampe.

De vaststaande feiten

in conventie en in reconventie

2.1 De kantonrechter gaat uit van de volgende feiten, die vaststaan omdat ze niet of niet voldoende zijn betwist en/of blijken uit de in zoverre onweersproken gelaten inhoud van de overgelegde producties.

2.2 Herk Immo verhuurt aan [gedaagde] sinds maart 1989 een bedrijfsruimte, plaatselijk bekend als De Swaenenborgh 19, gelegen in het winkelcentrum De Swaenenborgh te Meppel (hierna: het win-

kelcentrum). In 2000 is een schriftelijke huurovereenkomst gesloten. Deze huurovereenkomst zag op circa 156 m² en had een looptijd tot 28 februari 2010. Na deze periode zou de huurovereenkomst voor aansluitende perioden van telkens vijf jaar worden voortgezet.

2.3 Gedurende de looptijd van deze huurovereenkomst zijn partijen eind 2011 met elkaar in overleg gegaan in verband met de herontwikkeling van het winkelcentrum door Herk Immo. Er zijn in dat verband ook gesprekken met alle huurders geweest waarbij Herk Immo haar plannen heeft gepresenteerd. In dit kader is tussen partijen via tussenkomst van Vastgoed De Brabantse Kempen BV op 15 december 2012 een "Intentieovereenkomst herontwikkeling De Swaenenborgh" gesloten. Daarin is onder meer vastgelegd dat [gedaagde] circa 100 m² zal gaan huren van Herk Immo voor een huurprijs van € 215,00 per m² per jaar exclusief BTW. Namens Vastgoed De Brabantse Kempen BV is deze intentieovereenkomst getekend door de heer [medewerker VBK] (hierna: [medewerker VBK]).

2.4 De gespreksnotitie van 15 november 2011 vermeldt, voor zover hier van belang:

"Gespreksnotitie

"Winkelcentrum De Swaenenborgh" te Meppel
Aan: : *Mevrouw [gedaagde] ([bedrijf gedaagde]), de heer [medewerker VBK] (Vastgoed de Brabantse Kempen B.V.)*

Datum : 15 november 2011

Betreft : Herontwikkeling "Winkelcentrum De Swaenenborgh" te Meppel

Besproken zaken:

Algemeen

Het winkelcentrum De Swaenenborgh te Meppel krijgt een facelift en naar aanleiding daarvan zijn met alle huurders gesprekken georganiseerd om als eerste kennis te maken en als tweede het plan toe te lichten en de wensen te inventariseren die er eventueel bij huurders zijn.

Naar aanleiding van de uitbreidingsplannen van Albert Heijn heeft Van Herk Groep besloten hierop aan te sluiten en het winkelcentrum een facelift te geven. Deze facelift houdt het navolgende in: - Aan de Kerkpleinzijde wordt de entree aangepakt. De deuren gaan naar de kolomlijn en de entree wordt versmald tot tussen de twee reeds aanwezige kolommen. Ook wordt de gevel aangepakt. De entree wordt door middel van een "poortfunctie" extra geaccentueerd. De voor de entree aan weerszijde gesitueerde muurtjes zullen worden gesloopt. Het bovengelegen bioscoopcomplex wordt gesloopt. Hiervoor komen twee appartementen in de plaats. - Met de gemeente wordt gesproken over het doortrekken van de bestrating van het Kerkplein tot aan de entree van het winkelcentrum, zodat het winkelcentrum bij het plein (...)

- De trap in de passage net achter de entree Kerkpleinzijde wordt gesloopt. Op de plaats van deze trap zal een lichtkoepel voor de nodige daglichttoetreding zorgen.

- In de hele passage, die naar achter wordt doorgetrokken, komt een nieuwe vloer. Ook zal de passage voorzien worden van een plafond.

(...)"

De gespreksnotitie van 22 mei 2012 vermeldt, voor zover hier van belang:

"Gespreksnotitie

"Winkelcentrum De Swaenenborgh" te Meppel

Aan : Mevrouw [gedaagde] ([bedrijf gedaagde]), de heer [medewerker VBK] (VBK)

Datum : 22 mei 2012

Betreft : Herontwikkeling "Winkelcentrum De Swaenenborgh" te Meppel

De heer [medewerker VBK] licht kort het plan toe zoals het er nu ligt: de upgrade van de winkelpassage en het draaien van de Albert Heijn en het daarna overkappen van de buitenpassage. De bouwvergunning voor deze renovatie is in twee delen aangevraagd:

- fase 1: Albert Heijn en het dichtmaken van de buitenpassage - fase 2: het aanpakken van de binnenpassage en entree aan de Marktpleinzijde en de bioscoop. Werkzaamheden in fase 1 starten volgende week. Die van fase 2 begin volgend jaar. Hierbij wordt uiteraard rekening gehouden met de decembermaand als de maand waarin omzet gerealiseerd dient te worden.

De heer [medewerker VBK] licht voor mevrouw [gedaagde] de opties toe die op dit moment open staan:

A. Blijven op dezelfde locatie, met dezelfde m2 (156 m2) en een huur van € 28.080,-

B. Blijven op dezelfde locatie, met minder m2 (ca. 100 m2) en een huur van € 18.000,-

C. Blijven op dezelfde locatie, echter met een breder front op basis van 100 m2 en een huur van € 21.000,-

D. Verhuizen naar een andere locatie in het winkelcentrum met een oppervlakte van ca. 100 m2 (naast de voormalige fotograaf). Voor deze locatie geldt een huur van € 21.000,-

Voor alle opties geldt een prijspeildatum van 1 januari 2013.

Indien mevrouw [gedaagde] besluit op dezelfde locatie te blijven, al dan niet met een vermindering van m2 zal er na het einde van de verbouwing een allonge op het bestaande huurcontract gemaakt worden, waarin de gewijzigde huurprijs van € 180,- m2 haar zal worden opgenomen en (indien van toepassing) het gewijzigde aantal m2. Dit heeft voor mevrouw [gedaagde] als voordeel dat de huidige expiratedatum van het contract gehandhaafd blijft.

(...)"

Optie B is in het document omcirkeld.

De intentieovereenkomst van 15 december 2012 vermeldt, voor zover hier van belang:

"(...)

Betreft : Intentieovereenkomst herontwikkeling De Swaenenborgh

Geachte mevrouw [gedaagde] ,

Refererend aan ons persoonlijk onderhoud zenden wij u deze intentieverklaring.

Object: De Swaenenborgh 19

Kadastrale gegevens: bestaande winkelunit (zie bijlage) met een oppervlakte van ca 100 m2 BVO.

Verhuurder: Herk Immo Nederland N.V., of een door haar en namens haar aan te wijzen vennootschap
huurder: Mevrouw [gedaagde] , of een door hem en namens haar aan te wijzen vennootschap

Opleveringsniveau: Toegangspui bestaand, toiletgroep en pantry, meterkast van voldoende vermogen. Winkelscheidende wand op stramien 15 (achterzijde winkel). Tevens ontvangt huurder ter compensatie van overlast van de werkzaamheden fase 2 een vergoeding van € 3.000,- ex. BTW

Huursom: € 215 per m2, per jaar, exclusief BTW.

Prijspeil: ingangsdatum huurovereenkomst

(...)

Deze aanbieding doen wij u gestand tot 1 januari 2013

Aldus in tweevoud opgemaakt en ondertekend te

..... op

Voor akkoord: Herk Immo Nederland N.V

[bedrijf gedaagde] [medewerker Herk Immo]

Mevrouw [gedaagde]

Graag ontvangen we, indien akkoord, twee exemplaren getekend retour.

Met vriendelijke groet.

Vastgoed de Brabantse Kempen B.V.

[medewerker VBK]"

2.5 Op 5 maart 2013 is de eerste huurovereenkomst met wederzijds goedvinden beëindigd waarna partijen op die datum een nieuwe huurovereenkomst hebben gesloten met betrekking tot een bedrijfsruimte ter plaatse bekend als De Swaenenborgh 19 te Meppel. In artikel 1.1 is opgenomen dat de bedrijfsruimte circa 100 m² betreft. Artikel 1.3 bepaalt dat het gehuurde uitsluitend is bestemd om te worden gebruikt ten behoeve van de verkoop van damesmode en aanverwante artikelen. De nieuwe huurovereenkomst heeft in artikel 3.1 een looptijd van vijf jaar tot en met 31 maart 2018, met een verlenging van vijf jaar tot 31 maart 2023, en met vervolgens aansluitende perioden van telkens vijf jaar. In artikel 4.1 is opgenomen een aanvangshuurprijs van € 21.500,00 per jaar exclusief BTW, zijnde € 26.015,00 inclusief BTW, ofwel (zie artikel 4.8) € 1.791,67 exclusief BTW per maand. Per 1 mei 2014 bedraagt de huurprijs € 2.304,90 inclusief BTW per maand. Op de overeenkomst zijn de Algemene Bepalingen Huurovereenkomst Winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:290 BW, gedeponeed bij de griffie van de rechtbank Den Haag op 11 juli 2003 en aldaar ingeschreven onder nummer 73/2003, (hierna: de A.B.) van toepassing verklaard.

Van Herk Groep is als beheerder aangewezen.

2.6 In artikel 9 van de nieuwe huurovereenkomst zijn Bijzondere Bepalingen opgenomen.

Artikel 9.9 luidt:

"Herontwikkeling

'Huurder is op de hoogte van de renovatie/uitbreidingsplannen van het complex

De Swaenenborgh waarvan het gehuurde deel uitmaakt. Huurder heeft tegen de renovatie/uitbreidingsplannen geen bezwaar. Huurder is zich ervan bewust, dat de bouwactiviteiten in het kader van die renovatie/uitbreidingsplannen rondom het gehuurde nog enige tijd zal voortduren. Verhuurder spant zich in de met die

activiteiten gepaard gaande overlast tot een minimum te beperken. Voorts staat verhuurder er voor in dat de winkels, parkeervoorzieningen alsmede bevoorradingsroutes en dergelijke voldoende bereikbaar zijn. Huurder zal zich niet beroepen huurkorting, schadevergoeding of andere zaken, welke onder het begrip "gebrek" vallen, mits de bedoelde activiteiten op voortvarende wijze worden uitgevoerd en verhuurder rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van huurders."

2.7 Bij brief van 24 februari 2014 aan Van Herk Groep beroept [gedaagde] zich op dwaling en vernietigt zij de overeenkomst van februari 2013. Kort weergegeven stelt zij daartoe dat zij de overeenkomst is aangegaan omdat het winkelcentrum geüpgraded zou worden, dat zij in verband daarmee naast eigen verbouwingskosten een week omzet heeft gemist en dat zij nu per saldo een hogere huurprijs voor een kleinere winkelruimte moet betalen dan afgesproken was. Behoudens bij de Albert Heijn is er niets verbeterd aan het winkelcentrum en fase 2 van de herontwikkeling is feitelijk afgeblazen, aldus [gedaagde]. Zij schrijft onder meer: "Fase 2 van de verbouwing: Het aanpassen van de binnenpassage en entree aan de Marktplaatszijde en bioscoop is feitelijk afgeblazen. Ik zit aan het einde van de passage, het ziet er verwaarloosd, koud, donker en vies uit (...) Van de plannen en de mij eerder voorgespiegelde verbouwing (o.a. artist impression) is niets terecht gekomen."

[gedaagde] stelt voorts dat de oorspronkelijke huurovereenkomst herleeft. Omdat die overeenkomst eindigt per 1 maart 2015 zegt zij die overeenkomst op met een opzegtermijn van één jaar.

Bij brief van 31 maart 2014 schrijft [gedaagde] aan Van Herk Groep: "Aangezien u ondanks mijn brief en veelvuldige telefoontjes met vragen mij nog steeds niet hebt geantwoord ga ik er nu van uit dat u het met me eens bent dat voor mij nog de oude huursituatie geldt zoals ik heb gesteld in de brieven en telefoontjes. Vanaf 1 april zal ik u dan ook naar de oude huurprijs gaan betalen. Dat zal € 153 per vierkante meter zijn. Dus op jaarbasis is dat € 15.300."

2.8 Bij brief van 17 april 2014 heeft de gemachtigde van [gedaagde] aan Van Herk Groep een en ander breder uiteengezet. Tevens stelt zij zich op het standpunt dat [gedaagde] het jaar daarvoor een bedrag van € 9.145,80 te veel huur heeft betaald, wat [gedaagde] de daarop volgende zes maanden zal verrekenen met de lopende huur.

2.9 Op 7 april 2014 heeft [gedaagde] een bedrag van € 1.542,75 aan huur voldaan, waarmee € 726,00 over de maand april 2014 onbetaald is gebleven. Ondanks aanmaningen en sommaties van de gemachtigde van Herk Immo heeft [gedaagde] de daarop volgende maanden de huur geheel onbetaald gelaten. Met ingang van 1 oktober 2014 betaalt [gedaagde] aan huur € 153,00 per m² per jaar.

2.10 Bij brief van de gemachtigde van [gedaagde] aan Van Herk Groep van 27 oktober 2014 heeft zij – voor zover vereist – de huurovereenkomst tussen partijen van 5 maart 2013 buitengerechtelijk ontbonden met ingang van 1 december 2014 wegens niet nakoming van de renovatietoezeggingen op basis waarvan de huurovereenkomst is gesloten.

2.11 Vanaf 8 december 2014 heeft [gedaagde] de exploitatie van de bedrijfsruimte gestaakt. Zij heeft de sleutels van het gehuurde bij Herk Immo achter gelaten. [gedaagde] werkt nu in loondienst bij [werkgever] op de [adres werkgever] te [vestigingsplaats werkgever].

De vordering en het verweer, samengevat en zakelijk weergegeven

in conventie

3.1 Herk Immo vordert – na wijziging van eis – bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

- een verklaring voor recht dat [gedaagde] toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de huurovereenkomst,
- de veroordeling van [gedaagde] om aan Herk Immo te betalen € 12.250,50, te vermeerderen met de boeterente van 2% per maand vanaf de vervaldatum tot aan de algehele voldoening, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, althans de wettelijke rente vanaf 7 april 2014,
- de veroordeling tot betaling van de huur van € 2.304,90 inclusief BTW vanaf 1 oktober 2014,
- de veroordeling tot exploitatie van het gehuurde conform de bestemming op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 500,00 per dag dat [gedaagde] daarmee in gebreke blijft,
- de veroordeling van [gedaagde] tot betaling van € 15.750,00 gerekend vanaf 9 december 2014 tot 15 februari 2015, te vermeerderen met € 250,00 per dag totdat [gedaagde] haar exploitatieplicht nakomt,
- de veroordeling in de werkelijke kosten van deze procedure, tot 31 juli reeds begroot op € 6.156,48 inclusief BTW, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten ingaande de vijftiende dag na het te wijzen vonnis,
- en veroordeling in de nakosten ter hoogte van € 131,00, dan wel, indien betekening plaatsvindt, € 199,00.

Herk Immo beroept zich voor haar vordering op de vaststaande feiten en stelt daartoe nog het volgende. Herk Immo heeft het eventuele voornemen kenbaar gemaakt om het winkelcentrum te herontwikkelen. Zij heeft daartoe met alle huurders gesprekken gevoerd om de wensen te inventariseren en daarbij enkel de eventuele plannen en wijzigingen gepresenteerd. Herk Immo heeft nimmer een garantie afgegeven. [gedaagde] had inmiddels slechts de beperkte huurbescherming van art.7:290 lid 3 BW. Na de inventarisatie hebben partijen een intentieovereenkomst gesloten waarbij de bedrijfsruimte van [gedaagde] 100 m² zou gaan bedragen tegen een huurprijs van € 215,00 exclusief BTW per m². [gedaagde] gaf dus vierkante meters prijs maar ontving daartegenover een nieuwe periode zekerheid in de vorm van huurbescherming. [gedaagde] heeft niet gedwaald. Er zijn door Herk Immo geen onjuiste inlichtingen verstrekt, Herk Immo heeft nimmer harde toezeggingen gedaan en telkens een voorbehoud gemaakt en in de huurovereenkomst is dienaangaande geen verplichting voor Herk Immo opgenomen. De renovatie hield twee fasen in. Fase

1 heeft Herk Immo geheel uitgevoerd; met betrekking tot fase 2 heeft Herk Immo geen toezeggingen gedaan of garanties gegeven. Verder betreft het niet doorgaan van de plannen een uitsluitend toekomstige onzekere gebeurtenis, ofwel een teleurgestelde toekomstverwachting, wat geen dwaling kan opleveren. [gedaagde] heeft kennelijk spijt en wil van de huurovereenkomst af, maar Herk Immo houdt [gedaagde] aan de afspraken. Met betrekking tot de gestelde wanprestatie merkt Herk Immo op dat zij geen verplichting op zich heeft genomen; die blijkt nergens uit. Daarbij komt dat [gedaagde] niet tijdig heeft geklaagd; pas in januari 2014 heeft [gedaagde] een klacht geuit. Als [gedaagde] meende dat de verbouwing slecht is uitgevoerd, had zij in april 2013 moeten klagen. Tot slot rechtvaardigt de tekortkoming geen algehele ontbinding van de huurovereenkomst. Voorts is Herk Immo niet in gebreke gesteld zodat er geen sprake kan zijn van verzuim aan de zijde van Herk Immo. Daarenboven geldt dat verzuim niet is ingetreden omdat [gedaagde] reeds in verzuim was. [gedaagde] is op grond van art. 18.1 van de A.B., dan wel op grond van art. 6:83 sub a BW in verzuim. Op grond van art. 18.2 van de A.B. is [gedaagde] een boeterente verschuldigd van 2% per maand met een minimum van € 300,00 per maand. Op grond van art. 17 van de A.B. is [gedaagde] gehouden de werkelijke buitengerechtigde incassokosten aan Herk Immo verschuldigd. Verrekening is op grond van de A.B. niet toegestaan. Voorts is [gedaagde] op grond van art. 6.1 van de A.B. verplicht het gehuurde daadwerkelijk zelf te exploiteren. Nu [gedaagde] dat ondanks ingebrekestelling nalaat, is zij de op grond van art. 7 van de A.B. bedongen boete van € 250,00 per dag verschuldigd.

3.2 [gedaagde] voert verweer met als conclusie afwijzing van de vorderingen van Herk Immo. Zij voert daartoe het volgende aan. [gedaagde] is al sinds 1989 een trouwe huurder van Herk Immo. In 2000 is een schriftelijke huurovereenkomst opgesteld. In gesprekken met [medewerker VBK] van Vastgoed De Brabantse Kempen B.V., die [medewerker VBK] in het voorjaar van 2012 met [gedaagde] voerde namens Herk Immo, blijkt van gedetailleerde renovatieplannen zonder dat daarbij enig voorbehoud wordt gemaakt. Dit blijkt uit de gespreksverslagen. De renovatie bestaat uit twee fasen waarbij de eerste fase wordt gestart in juni 2012 en de tweede fase begin 2013. Op 23 maart 2012 publiceert Herk Immo op haar website dat het winkelcentrum op korte termijn geheel vernieuwd zal worden. Aan [gedaagde] worden in mei 2012 vier opties voorgehouden, waarbij [gedaagde] kiest voor optie B: dezelfde locatie maar met minder vierkante meters voor een huurprijs van € 18.000,00 per jaar. Eind 2012 is de eerste fase voltooid en opent Albert Heijn haar deuren. Op 28 februari 2013 ontvangt [gedaagde] de nieuwe huurovereenkomst. Begin april 2013 deelt [medewerker VBK] aan [gedaagde] mee dat op 22 april 2013 met de verkleining van de bedrijfsruimte zal worden begonnen. De kwaliteit van de verbouwing is slecht en vanaf 30 april 2013 vinden er opeens geen bouwactiviteiten meer plaats: er is sprake van gestripte plafonds met zicht-

bare leidingen die over het plafond lopen, loshangende kabels, niet voltooide werkzaamheden aan elektrische installaties en de aannemer laat zich niet meer zien. [gedaagde] onderneemt diverse pogingen om in contact te komen met Herk Immo over de voortgang van de renovatie, maar krijgt geen reactie, waarop [gedaagde] haar brief van 24 februari 2014 schrijft. De suggestie van Herk Immo dat [gedaagde] in ruil voor de nieuwe huurovereenkomst meer zekerheid over de looptijd kreeg, is onjuist. De enige reden voor de nieuwe huurovereenkomst was dat [gedaagde] door Herk Immo werd voorgehouden dat de huurprijs omhoog ging in het kader van een algehele renovatie van het winkelcentrum. Er is in deze kwestie door Herk Immo een onjuiste voorstelling van zaken gegeven, waardoor zij heeft gedwaald. Er zijn mededelingen en toezeggingen gedaan waar [gedaagde] gerechtvaardigd op mocht vertrouwen. Uit gespreksverslagen blijkt dat de plannen zonder enig voorbehoud zijn gepresenteerd. [gedaagde] mocht aannemen dat [medewerker VBK] namens Herk Immo handelde. De vier opties zijn door [medewerker VBK] namens Herk Immo gepresenteerd en [medewerker VBK] heeft ook de oplevering gedaan. De renovatie betreft geen zuiver toekomstige omstandigheid. Ten tijde van het sluiten van de laatste huurovereenkomst waren de renovatiewerkzaamheden al gestart en was de renovatie bij de Albert Heijn al voltooid.

Subsidiar beroept [gedaagde] zich op wanprestatie. De renovatiewerkzaamheden vormen een onderdeel van de huurovereenkomst. In een gesprek op 18 augustus 2014 met de heren [medewerker 1] en [medewerker 2] van Herk Immo hebben dezen te kennen gegeven dat de renovatie niet door zal gaan. Gelet hierop doet zich de situatie van art. 6:83 sub c BW zich voor; verdere aanmaningen zijn nutteloos. Bij brief van 27 oktober 2014 heeft [gedaagde] via haar gemachtigde de huurovereenkomst voorwaardelijk ontbonden, namelijk voor zover een beroep op dwaling niet zou slagen. De vorige huurovereenkomst is met wederzijdse instemming beëindigd. [gedaagde] heeft nog aangeboden deze te laten herleven, maar Herk Immo is daarop niet ingegaan.

Waar de huurovereenkomst is vernietigd, kan Herk Immo geen beroep doen op de boetebepalingen. Bovendien heeft Herk Immo acht maanden gewacht met een reactie op de brief van [gedaagde] zonder aanspraak te maken op enige boete. Subsidiar verzoekt [gedaagde] om matiging. De vordering met betrekking tot de gevorderde buitengerechtigde kosten treft hetzelfde lot. Subsidiar merkt [gedaagde] op dat de vordering in strijd is met het wettelijk systeem; slechts bij een beperkt aantal rechtsgebieden is een volledige proceskostenvergoeding mogelijk, het huurrecht valt daar niet onder. Verder betwist [gedaagde] de redelijkheid van de door de gemachtigden van Herk Immo geschreven uren en voldoet de vordering niet aan de dubbele redelijkheidstoets.

in reconventie

3.3 [gedaagde] vordert – na wijziging van eis – een verklaring voor recht dat [gedaagde] de huurover-

eenkomst tussen partijen van 28 februari 2013 rechtsgeldig heeft vernietigd, althans subsidiair dat zij deze rechtsgeldig heeft ontbonden, de veroordeling van Herk Immo tot betaling van € 3.500,00, te vermeerderen met de buitengerechtelijke incassokosten van € 475,00, alsmede de wettelijke rente vanaf 17 april 2014, met veroordeling in de kosten van het geding. Zij stelt daartoe dat er een beduidend hogere huurprijs is overeengekomen dan alle jaren daarvoor voor aanzienlijk minder vierkante meters. Zij beroept zich op oneigenlijke dwaling. Herk Immo heeft een ander bedrag in de huurovereenkomst opgenomen dan zij eerder in mei 2012 had aangeboden. Blijkens de gespreksnotitie van 22 mei 2012 heeft [gedaagde] gekozen voor optie B: "blijven op dezelfde locatie, met minder m² (ca. 100m²) en een huur van € 18.000,-" en niet voor optie C: "blijven op dezelfde locatie, echter met een breder front op basis van 100 m² en een huur van € 21.000,-". De winkel heeft geen breder front gekregen. [gedaagde] heeft abusievelijk de nieuwe huurovereenkomst aanvaard omdat zij in de veronderstelling verkeerde dat dit het haar aangeboden bedrag was. [gedaagde] heeft daarmee van 1 april 2013 tot 1 april 2014 € 3.500,00 te veel betaald.

3.4 Herk Immo heeft verweer gevoerd met als conclusie afwijzing van de vordering. Zij voert daartoe aan dat [gedaagde] in de intentieovereenkomst wel degelijk voor optie C heeft gekozen. Dat blijkt verder ook uit het gesprekverslag. [gedaagde] heeft ingestemd met ontbinding van de oude huurovereenkomst en een nieuwe huurovereenkomst gesloten met een huurprijs van € 225,00 per vierkante meter. Herk Immo mocht de bewoordingen als zodanig opvatten en gerechtvaardigd vertrouwen op instemming van [gedaagde]. [gedaagde] heeft ook een jaar lang de overeengekomen huurprijs betaald en pas na een jaar zich beroepen op oneigenlijke dwaling.

De beoordeling

in conventie en in reconventie

4. De conventie en de reconventie lenen zich, gelet op hun onderlinge samenhang, voor gezamenlijke behandeling.

5. Ter afwering van de vorderingen van Herk Immo heeft [gedaagde] primair een beroep gedaan op vernietiging van de huurovereenkomst op grond van dwaling. Daarop zal de kantonrechter hierna eerst ingaan.

6. Met betrekking tot de causaliteit en de zogenaamde 'zelfstandigheid van de zaak' overweegt de kantonrechter het volgende. Op grond van de gespreksnotities van 15 november 2011 en 22 mei 2012 en de intentieovereenkomst van 15 december 2012 – in onderling verband bezien – neemt de kantonrechter als vaststaand aan dat de aanleiding tot de nieuwe huurovereenkomst tussen partijen uitsluitend is gelegen in de omstandigheid dat het winkelcentrum op initiatief van Herk Immo zou worden gerenoveerd. In de kern genomen: niet valt in te zien dat [gedaagde] zou hebben ingestemd met een hogere huurprijs per vierkante meter als daar geen tegenprestatie van Herk Immo in de vorm

van een renovatie tegenover zou hebben gestaan. Dit valt ook af te leiden uit de gespreksnotitie van 15 november 2011 (zie p. 2 "Situatie m.b.t. de vestiging van [bedrijf gedaagde]"). Voor de stelling van Herk Immo dat deze aanleiding (mede) zou zijn gelegen in de verbetering van huurbescherming van [gedaagde] dan die zij had op grond van art. 7:296 lid 3 BW, bieden de stukken geen enkele aanwijzing en Herk Immo heeft tegenover de betwisting van [gedaagde] van deze stelling ook geen voldoende bewijs aangeboden. Daarmee is voor de kantonrechter de causaliteit tussen de renovatie en het aangaan van de huurovereenkomst van februari 2013 gegeven. Voor Herk Immo moet het ook duidelijk zijn geweest dat [gedaagde] deze overeenkomst niet, of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten, zoals zij heeft aangevoerd, wanneer zij zou hebben geweten dat de renovatie voor haar deel van het winkelcentrum niet door zou gaan. Dat kan worden opgemaakt uit de gespreksnotitie van 22 mei 2012 en de aan [gedaagde] daarin voorgedragen opties. [gedaagde] heeft, om de kosten te beperken, gekozen voor minder huuroppervlakte tegen een hogere prijs per vierkante meter. Met de renovatie en de verbeterde bereikbaarheid zou [gedaagde] ondanks de kleinere huuroppervlakte toch voldoende omzet kunnen halen, aldus [gedaagde]. Dit is door Herk Immo niet weersproken.

7.1 [gedaagde] heeft verder aangevoerd dat zij heeft gedwaald op grond van de informatie die van de zijde van Herk Immo is gegeven over de renovatie. Op dit punt aangekomen, dient aan de orde te komen welke inlichtingen Herk Immo, mede in de persoon van [medewerker VBK], aan [gedaagde] heeft gegeven in het kader van het aangaan van de nieuwe huurovereenkomst. [gedaagde] heeft hierover aangevoerd dat steeds in alle gesprekken met [medewerker VBK] en in alle stukken sprake is geweest van een algehele renovatie inclusief fase 2, dat de renovatie ook betrekking had op dat deel waar haar winkel was gevestigd en dat er nimmer enig voorbehoud is gemaakt met betrekking tot fase 2. Daarbij heeft [gedaagde] tevens gewezen op meerdere twitterberichten van de zijde van Herk Immo, waarin wordt gesproken van een 'geheel gerenoveerd winkelcentrum' en advertenties met dezelfde strekking, en ook op de vergunningaanvragen en het feit dat Herk Immo ook de uitvoeringsdata van zowel fase 1 als fase 2 heeft gecommuniceerd. Fase 1 was vertraagd zodat op het moment van ondertekening van de huurovereenkomst fase 2 nog moest worden gestart. Na een aanvang van die werkzaamheden, te beginnen met het verkleinen van de oppervlakte van de winkel van [gedaagde], zijn de bouwactiviteiten onverwachts gestaakt en is fase 2 van de renovatie van het winkelcentrum in onvoltooid staat achtergelaten. Herk Immo heeft daar tegenover gesteld dat sprake is geweest van een 'voornemen tot herontwikkeling', dat sprake was van twee fasen en dat fase 1 is voltooid en dat zij met betrekking tot fase 2 nimmer een harde toezegging heeft gedaan, dat zij telkens een voorbehoud heeft gemaakt en dat in de huurovereenkomst geen verplichting voor Herk Immo is opgenomen. In ver-

band met haar stelling dat er slechts sprake was van een voornemen tot renovatie heeft Herk Immo nog gesteld dat, voor zover [gedaagde] al heeft gedwaald, dit een uitsluitend toekomstige omstandigheid betreft die geen grond voor dwaling oplevert. De kantonrechter overweegt als volgt.

7.2 Als uitgangspunt geldt dat men bij onderhandelingen over een te sluiten overeenkomst in de regel mag afgaan op de juistheid van door de wederpartij gedane mededelingen. Die wederpartij handelt in strijd met de redelijkheid en billijkheid indien zij ter afwering van een beroep op dwaling zou aanvoeren dat ten onrechte op de juistheid van haar mededeling is vertrouwd (o.a. HR, 21 januari 1966, NJ 1966, 183 Booy / Wisman, nadien voor het nieuw BW bevestigd in HR 19 september 2003, NJ 2005, 234). In algemene zin gedane mededelingen of algemene aanprijzingen zijn in beginsel onvoldoende voor een beroep op dwaling. De kantonrechter overweegt met betrekking tot de stelling van Herk Immo, dat het om een uitsluitend toekomstige omstandigheid gaat, dat het de vraag is of daarvan in dit geval sprake is. Wanneer namelijk de dwaling kan worden herleid tot feiten en/of omstandigheden die aanwezig waren ten tijde van de contractsluiting, waaronder het vaste voornemen tot renovatie waaraan [gedaagde] op grond van mededelingen van de zijde van Herk Immo niet hoefde te twifelen, kan naar het oordeel van de kantonrechter niet gesproken worden van een 'uitsluitend' toekomstige omstandigheid. Het enkele feit dat in art. 9.9 van de huurovereenkomst is opgenomen dat de huurder op de hoogte is van de renovatie/uitbreidingsplannen kan daaraan dan ook niet afdoen. Het beroep van Herk Immo op de uitspraak van de kantonrechter van 23 januari 2003 (Prg. 2003/6011) gaat niet op, nu in die casus de huurder een professionele huurder betrof die in de aanloopproblemen had voorzien door een lagere aanvangshuur te bedingen. Het betrof bovendien een beroep op onvoorzien omstandigheden. Ook het beroep van Herk Immo op HR 1 februari 2008, L/JN BB8098, gaat niet op. Daar ging het om hoge verwachtingen op basis van algemene aanprijzingen van een nieuw te bouwen winkelcentrum met naderhand tegenvallende bezoekersaantallen, iets wat naar verkeersopvattingen voor rekening van de huurder komt. Het verweer van [gedaagde] is nu juist dat Herk Immo concrete toezeggingen heeft gedaan of verwachtingen heeft gewekt. Herk Immo heeft ook nog gesteld dat het verweer van [gedaagde] op het punt van de renovatie onvoldoende specifiek is onderbouwd. De kantonrechter verwierpt dit standpunt. [gedaagde] heeft, met verwijzing naar gespreksnotities, nauwkeurig aangegeven dat ook het gedeelte van het winkelcentrum waar haar winkel was – de binnenpassage, de entree aan de Marktpleinzijde en de bioscoop –, zou worden gerenoveerd volgens fase 2. Herk Immo heeft dat niet weersproken.

7.3 Zoals de kantonrechter hierboven al heeft overwogen, zijn algemene aanprijzingen of bewoordingen in het algemeen niet voldoende voor een beroep op dwaling. De door [gedaagde] aangehaalde

twitterberichten en advertentieteksten vallen naar het oordeel van de kantonrechter in die categorie, hoewel zij onder omstandigheden wellicht kunnen bijdragen aan het bewijs. Ook het aanvragen van vergunningen door Herk Immo houdt niet zonder meer in dat Herk Immo een toezegging aan [gedaagde] heeft gedaan. Anders is het met mededelingen of inlichtingen die rechtsreeks met [gedaagde] zijn gecommuniceerd, zoals bijvoorbeeld in de gespreksnotities. Daarin valt te lezen dat er zeer concrete en uitgewerkte plannen zijn met betrekking tot de renovatie, ook voor het deel van het winkelcentrum waar de winkel van [gedaagde] was:

"Aan de Kerkpleinzijde wordt de entree aangepakt. De deuren gaan naar de kolomlijn en de entree wordt versmald tot tussen de twee reeds aanwezige kolommen. Ook wordt de gevel aangepakt. De entree wordt door middel van een "poortfunctie" extra geaccentueerd. De voor de entree aan weerszijde gesitueerde muurtjes zullen worden gesloopt. Het bovengelegen bioscoopcomplex wordt gesloopt. Hiervoor komen twee appartementen in de plaats."

"De bouwvergunning voor deze renovatie is in twee delen aangevraagd:

- fase 1: Albert Heijn en het dichtmaken van de buitenpassage

- fase 2: het aanpakken van de binnenpassage en entree aan de Marktpleinzijde en de bioscoop."

"Werkzaamheden in fase 1 starten volgende week. Die van fase 2 begin volgend jaar. Hierbij wordt uiteraard rekening gehouden met de decembermaand als dé maand waarin omzet gerealiseerd dient te worden."

"B. Blijven op dezelfde locatie, met minder m2 (ca. 100 m2) en een huur van € 18.000,-"

"Opleveringsniveau: Toegangspui bestaand, toiletgroep en pantry, meterkast van voldoende vermogen. Winkelscheidende wand op stramien 15 (achterzijde winkel). Tevens ontvangt huurder ter compensatie van overlast van de werkzaamheden fase 2 een vergoeding van € 3.000,- ex. BTW".

Van enig gemaakt voorbehoud van de zijde van Herk Immo blijkt uit deze stukken niet.

7.4 De kantonrechter overweegt in dit verband dat uit het voorgaande blijkt dat de verkleining van het winkeloppervlak van de winkel van [gedaagde] onlosmakelijk is verbonden met deze plannen tot renovatie in fase 2. Het is niet logisch dat de winkel van [gedaagde] wel wordt verbouwd terwijl fase 2 volgens Herk Immo nog maar toekomstplannen betreft. Deze verkleining heeft daadwerkelijk plaatsgevonden waarna, zoals [gedaagde] onweersproken heeft aangevoerd, voorbereidingen zijn getroffen voor de renovatie zoals het strippen van de plafonds, het blootleggen van elektrische bedrading en dergelijke. Dit past naar het oordeel van de kantonrechter volkomen bij art. 9.9 van de huurovereenkomst:

"Huurder is op de hoogte van de renovatie/uitbreidingsplannen van het complex De Swaenenborgh. waarvan het gehuurde deel uitmaakt. Huurder heeft tegen de renovatie/uitbreidingsplannen geen bezwaar. Huurder is zich ervan bewust, dat de bouwactiviteiten in het kader van die renovatie/uitbreidingsplannen rondom het gehuurde nog enige tijd zal voortduren." Eveneens

onweersproken heeft [gedaagde] aangevoerd dat de werkzaamheden vervolgens onverwachts zijn gestaakt zonder enige mededeling van Herk Immo en dat [gedaagde] niets meer van de aannemer of Herk Immo heeft vernomen. Een jaar na dato was fase 2 nog steeds niet afgerond.

Herk Immo heeft gesteld dat zij slechts een voorname tot herontwikkeling heeft gehad en dat zij steeds een voorbehoud heeft gemaakt bij de renovatieplannen. De kantonrechter merkt op dat deze stelling in strijd is met de hierboven weergegeven gang van zaken en dat bovendien uit werkelijk niets blijkt dat Herk Immo (telkens) een voorbehoud bij de plannen c.q. bij de uitvoering van fase 2 heeft gemaakt. Ieder begin van bewijs ontbreekt. Hierbij weegt de kantonrechter mee dat de architect c.q. projectmanager – onweersproken door Herk Immo – heeft bericht dat van de renovatie een totaalplan is gemaakt waarbij ook voor de tweede fase een ontwerp is gemaakt (productie 19 bij conclusie van dupliek in conventie). Tegen de achtergrond van deze feiten hoefde [gedaagde], zonder nadere toelichting van Herk Immo, die ontbreekt, art. 9:9 van de huurovereenkomst niet zo te begrijpen dat de renovatie/uitbreidingsplannen slechts toekomstplannen waren waar zij geen beroep op zou kunnen doen. Daarbij speelt mee, zoals [gedaagde] ook heeft aangevoerd, dat fase 1 was vertraagd, zodat het begrijpelijk was dat ten tijde van het ondertekenen van de nieuwe huurovereenkomst nog met fase 2 moest worden begonnen. Daaruit hoefde [gedaagde] dus geen voorbehoud af te leiden.

7.5 Op dit punt aangekomen zal de kantonrechter de positie van [medewerker VBK] bespreken.

Herk Immo heeft gesteld dat [medewerker VBK] niet bevoegd was haar te vertegenwoordigen; [medewerker VBK] was slechts gevraagd om bij de huurders te peilen hoe zij tegen een eventuele verbouwing aan zouden kijken, aldus Herk Immo. De kantonrechter verwerpt dit verweer. Met [gedaagde] is de kantonrechter van oordeel dat deze stelling niet strookt met de gesprekken tussen [medewerker VBK] en de huurders waaronder [gedaagde], de voorstellen die door [medewerker VBK] zijn gedaan, de gespreksverslagen van [medewerker VBK] en het aanbod dat [medewerker VBK] namens Herk Immo heeft gedaan ter zake van de nieuwe huurovereenkomst waaraan vervolgens door Herk Immo gevolg is gegeven. Daarmee heeft Herk Immo jegens [gedaagde] (en de andere huurders) de schijn gewekt dat [medewerker VBK] haar vertegenwoordigde.

Herk Immo heeft ook niets gesteld op grond waarvan [gedaagde] aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van [medewerker VBK] behoorde te twifelen. De conclusie is dat de handelingen van [medewerker VBK] aan Herk Immo kunnen worden toegerekend. Daarbij wijst de kantonrechter erop, dat Herk Immo slechts de bevoegdheid van [medewerker VBK] aan de orde heeft gesteld. Zij heeft niet weersproken dat [medewerker VBK] de verbouwingen met [gedaagde] heeft besproken en de oplevering heeft gedaan, laat staan dat zij een weerspreking heeft onderbouwd.

7.6 [gedaagde] heeft aangevoerd dat zij heeft gedwaald doordat zij is afgegaan op mededelingen of informatie van de zijde van Herk Immo waarbij sprake was van een zonder enig voorbehoud geplande algehele renovatie inclusief fase 2. [gedaagde] beroept zich aldus op de rechtgevolgen van door haar gestelde feiten. Volgens de hoofdregel van artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering rust – bij voldoende betwisting (zie art. 149 lid 1 BW) – de bewijslast van deze stellingen dan op [gedaagde]. De vraag is of Herk Immo de stellingen van [gedaagde] voldoende heeft betwist. In dit verband overweegt de kantonrechter het volgende.

7.7 De kantonrechter acht de betwisting van Herk Immo bepaald onvoldoende. Tegenover de stellingen van [gedaagde] en de feiten en omstandigheden zoals hierboven weergegeven en blijkend uit de stukken, heeft Herk Immo slechts in zeer algemene bewoordingen gesteld dat sprake was van een voorname, dat telkens een voorbehoud is gemaakt en er geen toezeggingen zouden zijn gedaan. Iedere onderbouwing daarvan en elk begin van bewijs ontbreekt, en de gang van zaken is in tegenspraak met wat Herk Immo wil doen voorkomen. Van enig voorbehoud met betrekking tot de uitvoering van fase 2 van de renovatie blijkt niets en Herk Immo heeft niet weersproken dat de begonnen renovatie volstrekt onverwachts is gestaakt waarna de aannemer en Herk Immo niets meer van zich hebben laten horen. Gelet hierop neemt de kantonrechter aan dat sprake was van een zonder enig voorbehoud geplande algehele renovatie inclusief fase 2 waarbij [gedaagde] aan de uitvoering ervan niet hoefde te twifelen. Zij is daarbij afgegaan op informatie die van de zijde van Herk Immo is gegeven, terwijl deze informatie achteraf onjuist is geweest. Immers, van renovatie in fase 2 is geen sprake. Het aangaan van de nieuwe huurovereenkomst door [gedaagde] was juist gelegen in de renovatie van het winkelcentrum, wat Herk Immo kon weten. Van een uitsluitend toekomstige verwachting kan niet worden gesproken. De conclusie van de kantonrechter is dat [gedaagde] terecht deze overeenkomst heeft vernietigd op grond van dwaling. Dit leidt tot afwijzing van de vorderingen van Herk Immo in conventie. De in reconventie gevorderde verklaring voor recht zal de kantonrechter toewijzen.

8.1 In reconventie vordert [gedaagde] tevens een bedrag van € 3.500,00 wegens te veel betaalde huur. Zij stelt daartoe dat sprake is van oneigenlijk dwaling nu zij ten onrechte meende dat de huurprijs in de nieuwe huurovereenkomst overeen stemde met optie B van de gespreksnotitie van 22 mei 2012. Herk Immo heeft dit bestreden en aangevoerd – kort weergegeven – dat uit de intentieovereenkomst blijkt dat [gedaagde] heeft gekozen voor optie C, waar Herk Immo ook op mocht vertrouwen. De kantonrechter overweegt het volgende.

8.2 Herk Immo heeft niet ontkend dat [gedaagde] in de notitie van 22 mei 2012 – door omcirkeling – voor optie B heeft gekozen. Deze hield in dat [gedaagde] op dezelfde locatie bleef, met minder m² (ca. 100 m²) en een huur van € 18.000,- waarbij er na het einde van de verbouwing een allonge op het

bestaande huurcontract gemaakt worden, waarin de gewijzigde huurprijs van € 180,- m² zal worden opgenomen en (indien van toepassing) het gewijzigde aantal m².

Optie C hield in dat [gedaagde] op dezelfde locatie zou blijven echter met een breder front op basis van 100 m² en een huur van € 21.000,-. In dat geval diende er geen geheel nieuwe overeenkomst te worden opgemaakt, zoals het geval is geweest.

Herk Immo meent dat aan de omcirkeling geen betekenis kan worden toegekend en wijst op het feit dat een nieuwe huurovereenkomst is gesloten, wat aansluit bij optie C. De kantonrechter volgt Herk Immo hierin niet. Als vaststaand kan worden aangenomen dat [medewerker VBK] de verbouwing met [gedaagde] heeft besproken en de oplevering heeft gedaan. Onweersproken is de stelling van [gedaagde] dat zij – geheel in overeenstemming met optie B – op dezelfde locatie is gebleven maar geen breder front heeft gekregen, wat past bij optie B. Ook uit de intentieovereenkomst blijkt van optie B nu daarin wordt gesproken van "Opleveringsniveau Toegangspui bestaand". Bovendien wordt in de intentieovereenkomst – anders dan Herk Immo suggereert – in het geheel niet gesproken over optie C. [gedaagde] heeft dus niet gekozen voor een breder front. In strijd hiermee heeft [gedaagde] een nieuwe huurovereenkomst gekregen met een te hoge huurprijs, namelijk € 215,00 per m² in plaats van € 180,00 per m². Deze verwarring is door Herk Immo zelf veroorzaakt doordat in de intentieovereenkomst de gekozen optie niet meer is vermeld. Bovendien had het misverstand voor Herk Immo kenbaar moeten zijn nu [medewerker VBK] de oplevering heeft gedaan en het hem duidelijk had moeten zijn dat van een breder front geen sprake was. Aan Herk Immo kan worden toegegeven dat [gedaagde] ook beter had moeten opletten, maar uit een en ander blijkt niet van handelingen of uitlatingen van de zijde van [gedaagde] die bij Herk Immo het gerechtvaardigde vertrouwen konden wekken dat dit was wat partijen waren overeengekomen. De conclusie van de kantonrechter is dat sprake is geweest van een misverstand dat redelijkerwijze voor Herk Immo kenbaar had kunnen zijn. Dit leidt tot toewijzing van de vordering van [gedaagde] in reconventie. De gevorderde buitengerechtelijke incassokosten wijst de kantonrechter evenwel af. Niet is gebleken van dusdanige buitengerechtelijke incassowerkzaamheden dat die een afzonderlijke vergoeding rechtvaardigen. Als rentedatum neemt de kantonrechter de brief van de gemachtigde van 27 oktober 2014 die als een ingebrekestelling kan worden beschouwd.

9. Herk Immo wordt zowel in de conventie als in de reconventie in het ongelijk gesteld, zodat zij in de kosten zal worden veroordeeld, zoals hierna bij de beslissing is vermeld.

De beslissing

in conventie

De kantonrechter:

wijst de vorderingen van Herk Immo af;

veroordeelt Herk Immo in de kosten van de procedure aan de zijde van [gedaagde] gevallen, (...);

in reconventie

verklaart voor recht dat [gedaagde] de huurovereenkomst rechtsgeldig heeft vernietigd;

veroordeelt Herk Immo om aan [gedaagde] te betalen een bedrag van € 3.500,00, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 27 oktober 2014 tot aan de dag van de algehele voldoening;

veroordeelt Herk Immo in de kosten van de procedure aan de zijde van [gedaagde] gevallen, (...);

in conventie en in reconventie

wijst – voor zoveel nodig – af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door de kantonrechter mr. G.J.J. Smits (...).

Commentaar

Het gaat hier in de hoofdzaak om de vernietiging van een huurovereenkomst wegens dwaling. Hoewel dwaling niet snel wordt aangenomen in de rechtspraak, vond de kantonrechter in deze zaak dat daar overduidelijk sprake van was, hetgeen leidde tot de slotsom dat de huurovereenkomst terecht was vernietigd. In dat kader is het goed om naar de feiten en omstandigheden in deze zaak te kijken, alvorens nader in te gaan op het leerstuk van de vernietiging van een (huur)overeenkomst wegens dwaling.

In deze zaak gaat het om een winkelcentrum te Meppel, in welk winkelcentrum de gedaagde een winkelruimte huurt. Herk Immo, de verhuurster, wenst over te gaan tot renovatie van het winkelcentrum. De renovatie zal plaatsvinden in twee fases, te weten fase 1 en fase 2. Het gehuurde valt onder fase 2 van de renovatie. In de uitspraak valt te lezen dat in het kader van de renovatie van fase 2 tussen partijen een nieuwe huurovereenkomst is gesloten met een kleinere oppervlakte, maar tegen een hogere huurprijs per vierkante meter. De verhuurster heeft aan de huurster diverse opties (A t/m D) voorgesteld, die zijn vastgelegd in de gespreksnotitie van 22 mei 2012. Deze opties zien op de huur van het betreffende pand na de renovatie. Drie van de vier opties houden in dat de huurster op dezelfde locatie blijft, al dan niet met een gewijzigd aantal vierkante meters en naar verhouding een hogere huurprijs. In het betreffende voorstel uit 2012 wordt – zonder voorbehoud – door de verhuurster gesteld dat de renovatie van fase 2 begin van het jaar daarna (te weten begin 2013) zal gaan plaatsvinden.

Hoewel hier in het vonnis niet over wordt gesproken, menen wij dat het betreffende voorstel niet slechts als een huurvoorstel voor het sluiten van een nieuwe huurovereenkomst kwalificeert, maar ook als een renovatievoorstel in de zin van artikel 7:220 BW. De verhuurster wenst namelijk over te gaan tot renovatie van het gehuurde met voortzetting van de huurovereenkomst. Indien de huurster zich goed had laten voorlichten, had zij begrepen dat zij niet zonder meer hoefde in te stemmen met dit renovatievoorstel. Immers dient op grond van

art. 7:220 BW een renovatievoorstel redelijk te zijn.¹ Evenwel lijken partijen het voorstel niet als zodanig te hebben gekwalificeerd doch als een huurvoorstel voor een nieuwe gehuurde ruimte na de renovatie. Het lijkt er hierbij op dat de verhuurster erg overtuigend is geweest in haar verhaal dat de huurprijzen voor het gehuurde na de renovatie hoe dan ook zou gaan stijgen. Wederom geldt dat indien en voor zover de huurster zich goed had laten voorlichten, zij waarschijnlijk het advies had gekregen hier niet meteen mee in te stemmen. Wil de verhuurder van 290-bedrijfsruimte de renovatie immers aangrijpen om een huurprijswijziging door te voeren, dan kan dat alleen binnen de parameters van art. 7:303 BW. Indien art. 7:303 BW een nadere huurprijsvaststelling niet mogelijk maakt, dan zal de verhuurder een aan de renovatie gekoppelde huurprijsverhoging slechts via de weg van het redelijk voorstel ex art. 7:220 BW met de huurder kunnen overeenkomen.²

Op het moment dat de renovatie van fase 2 uitbleef, vernietigde de huurster de (nieuwe) huurovereenkomst wegens dwaling. Huurster stelde zich namelijk op het standpunt dat zij het verkleinen van het gehuurde met de bijbehorende hogere huurprijzen slechts had geaccepteerd, nu haar was voorgespiegeld dat de renovatie hoe dan ook zou plaatsvinden begin 2013.

Een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, is op grond van art. 6:228 lid 1 BW vernietigbaar op grond van een drietal in dat artikel genoemde gronden.³ Daaronder valt onder meer – kort gezegd – het geval dat de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij, dan wel het geval dat de wederpartij heeft nagelaten een bepaalde mededeling te doen. De vernietiging van een overeenkomst kan ex art. 6:228 lid 2 BW niet worden gegrond op een dwaling die uitsluitend een toekomstige omstandigheid betreft. Voor een beroep op dwaling op grond van art. 6:228 BW is allereerst vereist dat de hande-

lende partij daadwerkelijk in dwaling verkeerde. De dwaling kan zich op twee manieren voordoen: (i) de handelende heeft een onjuiste voorstelling van zaken of (ii) de handelende maakt zich in het geheel geen voorstelling van de betreffende zaken (zuivere onwetendheid). Als de handelende twijfelt, kan niet worden gezegd dat hij in dwaling verkeert. Dwaling veronderstelt juist een gebrek aan onzekerheid. De dwaling moet bestaan ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Toekomstverwachtingen zijn uitgesloten.⁴ Voor het slagen van een beroep op dwaling is daarnaast vereist dat tussen de dwaling en het sluiten van de overeenkomst causaal verband bestaat. De aan te leggen toets is die van de *conditio sine qua non*: zou zonder de dwaling de overeenkomst ook zijn gesloten? Het causaal verband moet bestaan tussen enerzijds de dwaling en anderzijds het tot stand komen van de overeenkomst op de overeengekomen voorwaarden. Niet is vereist dat de dwalende partij zonder de dwaling de overeenkomst in het geheel niet zou hebben gesloten.⁵ Voldoende is dat de dwalende aantoont dat hij de overeenkomst niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn aangegaan.

In dit geval had de huurster aangevoerd dat zij had gedwaald op grond van de informatie die van de zijde van de verhuurster was gegeven over de renovatie. Het betreft derhalve de vernietigingsgrond in art. 6:228 lid 1 onder a BW (de dwaling is te wijten aan een inlichting van de wederpartij). De huurster had aangevoerd dat steeds in de gesprekken en in de stukken (gespreksverslagen) sprake is geweest van een algehele renovatie inclusief fase 2 en dat nooit enig voorbehoud is gemaakt met betrekking tot fase 2. Daarbij heeft de huurster tevens gewezen op diverse Twitter berichten van de zijde van de verhuurster waarin werd gesproken van een "geheel gerenoveerd winkelcentrum" en advertenties met dezelfde strekking. De verhuurster stelde zich op het standpunt dat de huurster niet had mogen afgaan op algemene aanprijzingen of bewoordingen in het algemeen ten aanzien van de door haar voorgenomen renovatie. Zij beroept zich hierbij op het arrest van de Hoge Raad van 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB8098 (*Amicitia*) waarin dit is uitgemakt.⁶ De kantonrechter overweegt dat algemene aanprijzingen of bewoordingen in het algemeen (inderdaad) niet voldoende zijn voor een beroep op dwaling. De door de huurster aangehaalde Twitter berichten en advertentieteksten vallen naar het oordeel van de kantonrechter in die categorie, hoewel zij onder omstandigheden wellicht kunnen bijdragen aan het bewijs. De huurster had in dit ka-

1. Ervan uitgaande dat slechts deze huurster het betreffende voorstel heeft ontvangen en op grond van de huurovereenkomst de verhuurster gehouden was tot het doen van een (redelijk) renovatievoorstel, zou bij een niet akkoord gaan van de huurster, dit voorstel eerst door de verhuurster ter toetsing moeten zijn voorgelegd aan de kantonrechter.
2. Zie ook: A.R. de Jonge, *Huurrecht*, zesde druk, p. 237/238.
3. Deze gevallen betreffen: (a) indien de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij, tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten, (b) indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten en (c) indien de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst van dezelfde onjuiste veronderstelling als de dwalende is uitgegaan, tenzij zij ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had behoeven te begrijpen dat de dwalende daardoor van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden.

4. Zie: Sdu Commentaar Vermogensrecht, aant. C.4.1 bij art. 6:228 BW.

5. Zie: Sdu Commentaar Vermogensrecht, aant. C.4.2 bij art. 6:228 BW.

6. Zie over deze uitspraak onder meer: A.W. Jongbloed en P.K. Oosterling-van der Maarel. 'Er was eens ... een winkelcentrum in Amersfoort: *Amicitia*', *TvHB* 2009, p. 143-149 en M.B.J. Thijssen; *HIP-Classics: Amicitia*, *HIP* 2013/1, p. 24/25.

der evenwel ook gewezen op vergunningaanvragen en op het feit dat de verhuurster de uitvoeringsdata van zowel fase 1 als fase 2 aan haar had gecommuniceerd. Dit laatste was vastgelegd in gespreksverslagen. Daarin valt te lezen dat er zeer concrete en uitgebreide plannen waren met betrekking tot de renovatie. Dit gold ook voor het deel van het winkelcentrum waar de winkel van de huurster was gelegen. Tevens is er een tamelijk concrete datum genoemd waarop de renovatie zou plaatsvinden (te weten begin 2013). De kantonrechter overweegt dat het aanvragen van vergunningen door de verhuurster niet zonder meer inhoudt dat de verhuurster een toezegging aan de huurster heeft gedaan. Anders is het volgens de kantonrechter echter voor wat betreft mededelingen of inlichtingen die rechtstreeks met de huurster zijn gecommuniceerd, zoals blijkt uit de gespreksnotities. Van enig gemaakt voorbehoud van de zijde van de verhuurster blijkt uit deze stukken niet. Over het algemeen zal de dwalende partij mogen afgaan op de juistheid van de door de wederpartij verschaft inlichtingen en zal de eigen onderzoeksplicht van de dwalende partij niet zo ver gaan, dat hij zich van de juistheid moet vergewissen.⁷ De kantonrechter oordeelt dat sprake is geweest van een zonder enig voorbehoud geplande algehele renovatie inclusief fase 2, waarbij de huurster aan de uitvoering ervan niet hoefde te twijfelen. De huurster is daarbij afgegaan op informatie die van de zijde van de verhuurster is gegeven, terwijl deze informatie achteraf onjuist is geweest. Er is volgens de kantonrechter dan ook sprake van dwaling die te wijten is aan inlichtingen van de verhuurster. In deze uitspraak van de kantonrechter wordt het arrest inzake *Amicitia* derhalve niet opzij gezet, maar wordt slechts een nadere invulling gegeven aan de informatie waarop een huurder zich mag beroepen indien hij een beroep op dwaling doet. Dit oordeel van de kantonrechter lijkt ons juist.

Zoals in het voorgaande reeds is aangestipt, bepaalt art. 6:228 lid 2 BW dat de vernietiging niet kan worden gebaseerd op een dwaling die een uitsluitend toekomstige omstandigheid betreft. Dwaling dient op de situatie ten tijde van het sluiten van de overeenkomst te zien.⁸ Lid 2 ziet daarom uitdrukkelijk op *uitsluitend* toekomstige omstandigheden en niet op omstandigheden die “wortelen” in het heden, maar zich pas in de toekomst openbaren.⁹ Als je je

wenst in te dekken tegen “kwade kansen”, dan dien je daartoe zelf maatregelen te nemen, zoals het bedingen van garanties of het opnemen van opschortende dan wel ontbindende voorwaarden.¹⁰ De verhuurster had gesteld dat in het onderhavige geval sprake was van een uitsluitend toekomstige omstandigheid. Er was volgens de verhuurster slechts sprake van een voornemen tot renovatie. Volgens de verhuurster kon het beroep van de huurster op dwaling om die reden niet slagen. De kantonrechter gaat niet mee in het standpunt van de verhuurster en overweegt, conform de lijn in de jurisprudentie, dat wanneer de dwaling kan worden herleid tot feiten en/of omstandigheden die reeds aanwezig waren ten tijde van de contractsluiting, waaronder het vaste voornemen tot renovatie, waaraan de huurster op grond van mededelingen van de zijde van de verhuurster niet hoefde te twijfelen, niet gesproken kan worden van een ‘uitsluitend’ toekomstige omstandigheid. De kantonrechter heeft voorts overwogen dat een causaal verband bestond tussen het sluiten van een nieuwe huurovereenkomst en de renovatie. Anders gezegd, indien en voor zover er geen renovatie zou plaatsvinden, had de huurster geen nieuwe huurovereenkomst gesloten waarbij het gehuurde werd verkleind tegen een hogere huurprijs. De advocaat van de verhuurster heeft hiertegen ingebracht dat de huurster sowieso een nieuwe huurovereenkomst wilde sluiten, nu zij meer huurbescherming wenste te ontvangen, in die zin dat zij een nieuwe, langere huurtermijn willen aangaan. Dit standpunt wordt niet door de kantonrechter gevolgd, hetgeen naar onze mening juist is. Immers geldt dat de betreffende huurster in december 2012 – toen tussen huurster en verhuurster de ‘intentieovereenkomst herontwikkeling De Swanenborgh’ is gesloten – beschikte over een huurovereenkomst die zou worden voortgezet voor perioden van telkens vijf jaar. Huurster had dus geen directe reden om een nieuwe huurovereenkomst met een langere nieuwe looptijd overeen te komen. Voorts geldt dat indien en voor zover de verhuurster daadwerkelijk haar voorgenomen renovatieplannen had verwezenlijkt, het de vraag was of de huurster eenvoudig had kunnen worden opgezegd tegen het einde van de toenmalige huurtermijn. De verhuurster zou – nadat de renovatie zou zijn verwezenlijkt – immers niet meer kunnen opzeggen op grond van dringend eigen gebruik wegens renovatie die zonder beëindiging van de huurovereenkomst niet mogelijk is ex art. 7:296 lid 1 sub b BW. Veel andere opzeggingsgronden – behoudens de

7. Wij verwijzen in dit kader naar de standaardarresten HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:AG2023, NJ 1958, 67 (*Baris / Riezenkamp*); HR 21 januari 1966, ECLI:NL:HR:AC4621, NJ 1966, 183 (*Booy / Wisman*) en voorts naar het arrest HR 19 september 2003, ECLI:NL:HR:AI0829, NJ 2005, 234 (*Marks / Albert Schweitzer Ziekenhuis*).

8. Zie ook: HR 10 februari 1956, NJ 1956, 131 (*Ufkes / Veltema*); HR 21 januari 1966, ECLI:NL:HR:AC4621, NJ 1966, 183 (*Booy / Wisman*). Meer recent: HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:ZC0985, NJ 1993, 471 (*Liakathoesin / Schreuder*); HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:AE9398, NJ 2003, 165 (*Mulders / Volta*); HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:BC5721, NJ 2008, 286 (*Casino Sluis*).

9. Zie HR 21 februari 1947, NJ 1947, 269 (verhuurde loods);

HR 25 april 1947, NJ 1947, 270 (*Hertrouwkansen*); HR 21 januari 1966, ECLI:NL:HR:AC4621, NJ 1966, 183 (*Booy / Wisman*); HR 3 november 1972, ECLI:NL:HR:AB6776, NJ 1973, 37 (*Van Smeden / Christelijk Onderwijs*); HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:BC5721, NJ 2008, 286 (*Casino Sluis*).

10. Zie HR 10 juni 1932, NJ 1933, 5 (Marktcafé); HR 1 november 1963, NJ 1964, 130 (Van Trier / Promenade); HR 7 december 1979, ECLI:NL:HR:AC0076, NJ 1980, 290 (Slooppand).

belangenafweging – lijken de verhuurster dan niet ten dienste te staan. Het argument dat de huurster een nieuwe huurovereenkomst had willen sluiten om meer huurbescherming te verkrijgen, lijkt ons dan ook terecht door de kantonrechter verworpen. Tot slot beroept de verhuurster zich er nog op dat de betreffende makelaar, die de gespreksnotities heeft gemaakt en die het aanbod namens de verhuurster aan de huurster heeft gedaan, niet vertegenwoordigingsbevoegd was om dit namens de verhuurster te doen. Naar onze mening is een dergelijk beroep veelal een soort van 'restargument' voor het geval een verhuurder geen valide argumenten meer voorhanden heeft om de vordering nader kracht bij te zetten. Hierin ging de kantonrechter – naar ons oordeel terecht, dan ook – niet mee. Op alle plannen die door de betreffende makelaar aan de huurster zijn gepresenteerd, was geen enkel voorbehoud gemaakt, noch ten aanzien van de plannen noch ten aanzien van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Eén van de medewerkers van de makelaar heeft de oplevering gedaan. De betreffende huurster mocht dan ook aannemen dat deze makelaar namens de verhuurster handelde.

Een overeenkomst tussen een verhuurder en diens makelaar betreft een bemiddelingsovereenkomst (art. 7:425 BW), die juridisch kwalificeert als een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW e.v.). Een makelaar is op grond van een bemiddelingsovereenkomst enkel bevoegd tot het verrichten van feitelijke handelingen en daarom in beginsel niet tot het verrichten van rechtshandelingen. Dit kan anders zijn indien partijen dit uitdrukkelijk zijn overeengekomen.¹¹ Een makelaar is aldus niet bevoegd om een huurovereenkomst te sluiten, tenzij de verhuurder de makelaar een volmacht heeft gegeven om namens hem op te treden ex art. 3:60 BW. Onder omstandigheden kan ook sprake zijn van een 'schijn van volmachtverlening.' Art. 3:61 lid 2 BW bepaalt in dat kader: *"Is een rechtshandeling in naam van een ander verricht, dan kan tegen de wederpartij, indien zij op grond van een verklaring of gedraging van die ander heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend, op de onjuistheid van deze veronderstelling geen beroep worden gedaan."* Onder omstandigheden wordt de huurder die is afgegaan op de schijn van bevoegdheid van de makelaar derhalve wel beschermd, namelijk als hij op grond van een verklaring of gedraging van de verhuurder te goeder trouw heeft aangenomen dat de makelaar bevoegd was om de verhuurder te vertegenwoordigen. De huurder wordt niet beschermd als de schijn van bevoegdheid alleen is gewekt door de makelaar zelf. Zijn vertrouwen moet gebaseerd zijn op een verklaring of gedraging van de verhuurder, zijnde de 'onbevoegd vertegenwoordigde'.¹² De bedoelde schijn kan worden gewekt door een ver-

klaring of ander actief gedrag van de verhuurder, maar ook door het laten voortbestaan van een bepaalde situatie of door een andersoortig niet-doen.¹³ Inmiddels wordt evenwel aangenomen dat voor toerekening van de schijn van volmachtverlening ook plaats kan zijn als de huurder gerechtvaardigd heeft vertrouwd op volmachtverlening aan de makelaar op grond van feiten en omstandigheden die (in de verhouding tot de huurder) voor risico van de verhuurder komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid.¹⁴ Uit het optreden van een makelaar in het algemeen kan derhalve niet het gerechtvaardigde vertrouwen worden ontleend dat een toereikende volmacht is verleend voor het aangaan van een overeenkomst. Indien een makelaar slechts optreedt als 'doorgeefluik' van de mededelingen van de huurder aan de verhuurder en van de verhuurder aan de huurder, mag de huurder derhalve slechts afleiden dat de makelaar optreedt als bode van zijn opdrachtgever.¹⁵ Er is pas sprake van de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid indien uit alle feiten en omstandigheden in onderlinge samenhang bezien, blijkt dat de makelaar zich zodanig heeft uitgelaten of gedragen dat (zoals in casu) de huurster redelijkerwijs mocht aannemen dat van vertegenwoordigingsbevoegdheid sprake is.¹⁶ De kantonrechter oordeelt in deze zaak dat de verhuurster de schijn jegens de huurster en jegens de andere huurders heeft gewekt dat de makelaar haar vertegenwoordigde, vanwege het hiervoor beschreven optreden van de makelaar (onder meer het doen van de presentatie, het niet opnemen van een voorbehoud en het doen van de oplevering). Daarbij overweegt de kantonrechter dat de verhuurster ook niets heeft gesteld op grond waarvan huurster aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de makelaar behoorde te twijfelen. Dit is in lijn met de heersende jurisprudentie.¹⁷

Voor zover het beroep op dwaling niet zou slagen, heeft huurster bij brief van 27 oktober 2014 de huurovereenkomst (derhalve voorwaardelijk) buitengerechtelijke ontbonden op grond van wanprestatie van de verhuurster, nu de renovatiewerkzaamheden onderdeel uitmaakten van de huurovereenkomst en deze niet hebben plaatsgevonden. De huurster stelt in dit kader dat de situatie van art. 6:83 sub c BW¹⁸ zich voordoet, nu de verhuurster op 18 augustus 2014 te kennen heeft gegeven dat de renovatie niet door zou gaan. Het verzuim zou op grond van dit artikel zonder ingebrekestelling zijn ingetreden. De huurster heeft aangeboden om de vorige huur-

11. HR 7 februari 1997, NJ 1997, 291; HR 9 augustus 2002, NJ 2002, 543.

12. Zie ook: H.J. Rossel, *Module Vastgoed en wonen, vertegenwoordiging*, nr. 96.

13. Zie ook HR 9 augustus 2002, NJ 2002, 543 (*Van den Berg c.s. / Balm*).

14. HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4909.

15. Zie b.v. HR 29 juni 2009, NJ 2010, 664.

16. Zie in dit kader b.v. HR 9 augustus 2002, NJ 2002, 543.

17. Zie b.v. HR 9 augustus 2002, NJ 2002, 543.

18. Artikel 6:83 sub c BW: Wanneer de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis zal tekortschieten.

overeenkomst – die met wederzijds goedvinden is beëindigd – te laten herleven, maar de verhuurster is daar niet op ingegaan. De verhuurster stelt dat zij niet in gebreke is gesteld, zodat er geen sprake kan zijn van verzuim. Ook zou het verzuim van verhuurster niet zijn ingetreden, aangezien de huurster reeds in verzuim zou zijn op grond van art. 18.1 van de algemene bepalingen, dan wel op grond van art. 6:83 sub a BW. Art. 18.1 van de algemene bepalingen houdt – kort gezegd – de verplichting van de huurder in om de huurpenningen tijdig en volledig te voldoen. De huurster had reeds sinds 7 april 2014 de huurpenningen niet meer (volledig) voldaan, nu zij de huurovereenkomst bij brief van 24 februari 2014 had vernietigd. In die brief had zij aan de verhuurster meegedeeld dat zij de oude huurprijs zou gaan betalen. Bij brief van 17 april 2014 heeft de gemachtigde van de huurster dit standpunt nader toegelicht en uiteengezet dat de huurster het jaar daarvoor te veel huur had betaald (namelijk de hogere huurprijs op grond van de inmiddels vernietigde huurovereenkomst). Aangezien het beroep op vernietiging van de huurovereenkomst wegens dwaling is geslaagd, bestond er voor de kantonrechter geen aanleiding meer om hierop in te gaan. Wellicht is het interessant om te kijken of – indien het beroep van de huurster op dwaling niet zou zijn opgegaan en de huurovereenkomst niet zou zijn vernietigd – de huurster de huurovereenkomst had kunnen ontbinden wegens wanprestatie van de verhuurster en of er in dit kader sprake zou zijn van een situatie als bedoeld in art. 6:83 sub c BW.

Op grond van art. 6:265 lid 1 BW geeft iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden, tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. De bevoegdheid tot ontbinding ontstaat in beginsel pas als de schuldenaar in verzuim is. Als nakoming blijvend onmogelijk is, kan 'rauwelijks' worden ontbonden. Als nakoming niet blijvend onmogelijk is, dient de schuldenaar eerst in verzuim te zijn. Als tijdelijk niet kan worden nagekomen, hoeft geen ingebrekestelling te worden verstuurd, doch kan volstaan worden met de mededeling waaruit blijkt dat hij voor het uitblijven van de nakoming aansprakelijk wordt gesteld.¹⁹ Als nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, dient wel eerst een ingebrekestelling te worden verstuurd, waarna het verzuim intreedt.²⁰ Aangezien sprake is van een huurovereenkomst, geldt dat de ontbinding in beginsel pas haar werking zal hebben nadat is voldaan aan de plicht tot mededeling van het gebrek dat de blijvende onmogelijkheid oplevert.²¹ Nu huurster reeds bij brief van 24 februari 2014 – bij welke brief huurster zich primair op dwaling had beroepen en de huurovereenkomst had vernietigd – aan de verhuurster had meegedeeld dat

er, behoudens de unit van Albert Heijn, niets was veranderd in het winkelcentrum en dat fase 2 van de herontwikkeling feitelijk was afgeblazen, was de tekortkoming c.q. het gebrek reeds gemeld bij de verhuurster. Uit het vonnis blijkt bovendien dat dit niet de enige correspondentie is die hierover is gevoerd, alvorens huurster de huurovereenkomst voorwaardelijk heeft ontbonden. Het is dan ook de vraag of er nog wel een ingebrekestelling vereist was, dan wel dat huurster tot ontbinding mocht overgaan, nu nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk was. Het is naar onze mening goed mogelijk dat dit laatste het geval is. Dit geldt in het bijzonder nu een huurovereenkomst een duurovereenkomst betreft waaruit voor beide partijen voortdurende verplichtingen voortvloeien. Daardoor kunnen tekortkomingen ten aanzien van deze verplichtingen door een partij in het verleden, niet meer ongedaan worden gemaakt.²² In het arrest *Schwartz/Gnjatovic* (r.o. 3.4), werd bijvoorbeeld overwogen: *“De rechtbank heeft bij haar beoordeling van de vordering tot ontbinding, in cassatie terecht niet bestreden, tot uitgangspunt genomen dat de vraag of deze vordering kan worden toegewezen, moet worden beoordeeld aan de hand van art. 6:265 BW. Zij heeft evenwel vervolgens, kennelijk op grond van haar oordeel dat nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, geoordeeld dat de hiervoor vermelde gronden niet tot ontbinding kunnen leiden nu geen sprake is van verzuim. Aldus overwegende heeft de rechtbank blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de vraag wanneer nakoming onmogelijk is. Het gaat hier om een huurovereenkomst, die voor beide partijen voortdurende verplichtingen inhoudt. Indien een partij is tekortgeschoten in de nakoming van een dergelijke verplichting, kan deze weliswaar in de toekomst alsnog worden nagekomen, maar daarmee wordt de tekortkoming in het verleden niet ongedaan gemaakt en wat deze tekortkoming betreft is nakoming dan ook niet meer mogelijk. Hetzelfde geldt met betrekking tot het tekortschieten in de nakoming van de verplichting om iets te doen. Dit een en ander brengt mee dat ontbinding mogelijk is ook zonder dat sprake is van verzuim.”*²³ Daarbij gaan wij, gezien de feiten van deze zaak – fase 2 van de renovatie zal in zijn geheel geen doorgang vinden – ervan uit dat de tekortkoming ernstig genoeg is om de ontbinding te rechtvaardigen.

Indien en voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk zou zijn, is het de vraag of er sprake is van een situatie zoals bedoeld in art. 6:83 sub c BW. Op grond van art. 6:83 sub c BW treedt het verzuim zonder ingebrekestelling in wanneer de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis zal tekortschieten. De verhuurster stelt dat dit niet het geval kan zijn nu er reeds sprake is

19. Zie art. 6:82 lid 2 BW.

20. Zie art. 6:82 lid 1 BW.

21. Olthof 2009 (T&C BW), art. 6:265 BW aant. 5.

22. HR 11 januari 2002, NJ 2003, 255 (*Schwartz / Gnjatovic*), maar zie ook: A. de Fouw, A.S. Rueb, *Exercitie in remedies: de aanspraken bij tekortkoming en bij gebrek*, WR 2007, 52, p. 4.

23. Zie in dit kader b.v. ook HR 20 januari 2006, NJ 2006, 80.

van verzuim van de huurster op grond van art. 6:83 sub a BW, aangezien de huurster de huurpenningen niet, althans niet volledig heeft voldaan en deze daarom tekortschiet ter zake diens verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst. Er zou daardoor sprake zijn van verzuim van de huurster. De verhuurster beroept zich derhalve op art. 6:61 lid 2 BW op grond waarvan zij als schuldenaar niet in verzuim kan raken, zolang de schuldeiser, in casu de huurster, in verzuim is. Evenwel geldt dat schuldeisersverzuim ziet op de situatie dat de schuldenaar niet presteert, als gevolg van het feit dat de oorzaak van het achterwege blijven van zijn prestatie niet ligt aan de zijde van de schuldenaar, maar aan de zijde van de schuldeiser (art. 6:58 en 6:59 BW). Daarvan is in casu geen sprake. Het betoog van de verhuurster gaat naar onze mening dan ook niet op. De niet(volledige) betaling van de huurpenningen staat immers niet in de weg aan de uitvoering van fase 2 van de renovatie. In dat kader zou het verzuim van de verhuurster – voor zover dat nog niet eerder was ingetreden – kunnen zijn ingetreden op grond van art. 6:83 sub c BW.

Voorts heeft de huurster gesteld ervan uit te gaan dat de oude huursituatie is gaan gelden, aangezien de huurster – na de vernietiging van de nieuwe huurovereenkomst – heeft voorgesteld dat de oorspronkelijke huurovereenkomst herleeft, waarop de verhuurster niet heeft gereageerd. De oude huurovereenkomst is met wederzijds goedvinden beëindigd. Vernietiging van de nieuwe huurovereenkomst leidt er niet automatisch toe dat de oude huurovereenkomst 'herleeft'. Indien de huurster de oude huurovereenkomst wenst te behouden, zou zij wellicht ook de beëindigingsovereenkomst kunnen vernietigen, nu deze tot stand lijkt te zijn gekomen onder dezelfde dwaling als de nieuwe huurovereenkomst. Ook zou de oude huurovereenkomst kunnen 'herleven' indien de beëindiging van de oude huurovereenkomst is neergelegd in een bepaling in de nieuwe huurovereenkomst. Met de vernietiging van de nieuwe huurovereenkomst, zou in dat geval ook het beding waarmee de oude huurovereenkomst met wederzijds goedvinden is beëindigd worden vernietigd. De oude huurovereenkomst zou ook kunnen herleven indien de beëindigingsovereenkomst is gesloten onder ontbindende of opschortende voorwaarden. Uit de uitspraak lijkt echter voort te vloeien dat dit niet het geval is. Indien hier vanuit wordt gegaan, geldt dat de vernietiging terugwerkende kracht heeft (art. 3:53 BW). Daarmee zouden de reeds ingetreden gevolgen van de rechtshandeling ongedaan dienen te worden gemaakt. In dat kader was het voor de verhuurster wellicht gunstiger geweest indien zij had ingestemd met het laten herleven van de oude huurovereenkomst.

A. de Fouw en K. Keij²⁴

24. Anneloes de Fouw en Katja Keij zijn beiden werkzaam als advocaat bij BRICKS advocaten te Amsterdam.

TvHB 2015/22

Gerechtshof 's-Hertogenbosch

7 juli 2015

ECLI:NL:GHSHE:2015:2509, RVR 2015, 100, TVA 2015, 79
[appellant] / IPIC Nederland B.V.

Geen cassatie ingesteld

Samenvatting

Afwijkende bedingen, franchise, beëindiging huur, gemengde overeenkomst

Huurder huurt van IPIC een terrein en een wasstraat op het terrein, die IPIC weer van een derde huurt. In de overeenkomst zijn bepalingen opgenomen over het beëindigen van de huur die afwijken van de semi-dwingendrechtelijke regeling voor bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW. Partijen komen overeen dat IPIC namens partijen aan de kantonrechter goedkeuring voor de afwijkende bepalingen zal vragen. De kantonrechter verleent goedkeuring. Huurder gaat vervolgens een tweede wasstraat huren en dat wordt in een allonge bij de overeenkomst vastgelegd. Ook voor deze wasstraat geldt een van de wet afwijkende beëindigingsregeling en ook nu weer vragen partijen goedkeuring aan de kantonrechter, welke de kantonrechter wederom verleent.

Huurder staakt de activiteiten met betrekking tot de eerste wasstraat en gaat alleen nog de tweede wasstraat exploiteren. Partijen sluiten hiervoor een nieuwe overeenkomst, die vrijwel identiek is aan de eerdere overeenkomst. Opnieuw wordt afgeweken van de semi-dwingendrechtelijke regeling ter zake het eindigen van de overeenkomst en wederom wordt afgesproken dat IPIC de kantonrechter namens partijen zal vragen de afwijkende bepalingen goed te keuren. IPIC verzuimt echter het verzoek in te dienen. IPIC zegt de overeenkomst op enig moment op. Huurder stemt niet met de beëindiging in, waarna IPIC in kort geding ontruiming van het gehuurde vordert op straffe van verbeurte een dwangsom. Huurder verweert zich stellende dat hij recht heeft op huurbescherming nu de kantonrechter geen goedkeuring heeft verleend voor de van de wet afwijkende bepalingen en dat hij de betreffende bedingen heeft vernietigd. Het hof stelt huurder in het gelijk.

Gerechtshof

[De man] v.h.o.d.n. [appellant],
wonende te [woonplaats],
appellant,
hierna te noemen: [appellant]
advocaat: mr. C.M.H.C. Vinken-Geijselaers te 's-Hertogenbosch,
tegen
de besloten vennootschap IPIC Nederland B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
geïntimeerde, hierna te noemen: IPIC,
advocaat: mr. M. Kool te Rotterdam
(...)