

Jurisprudentiebespreking

mr. J.R.M. Nelen, prof. mr. A.W. Jongbloed en mr. N. Amiel

TvHB 2022/06

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
12 oktober 2021

ECLI:NL:GHARL:2021:9567

Met noot van mr. L.F.H. Berg¹

Hoger beroep van vonnis Ktr. Noord-Nederland 3
maart 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:937,
Riezebos Middelkoop Holding B.V. / Mangerie B.V.

Samenvatting

Huurprijsherziening, huurprijs, deskundigenadvies, keuze referentiepanden, relevantie bestemming

Huurder en verhuurder verschillen van mening over de hoogte van de huurprijs betreffende het gehuurde, waarin door huurder een horecabedrijf wordt geëxploiteerd. In eerste aanleg verzoekt huurder de kantonrechter om een deskundige te benoemen voor het opstellen en uitbrengen van advies omtrent de nadere huurprijs met betrekking tot het gehuurde. De kantonrechter wijst dit verzoek toe. Partijen bereikten geen overeenstemming over de door de deskundige geadviseerde huurprijs. In de dagvaardingsprocedure die daarop volgt (met huurder als eisende partij), past de rechter de huurprijs op het advies van de benoemde deskundige naar beneden aan. Verhuurder is het niet eens met de wijze waarop de nadere huurprijsvaststelling tot stand is gekomen en gaat in hoger beroep. Het hof is van mening dat de keuze van de vergelijkingspanden en de motivering voor de toegepaste aanzienlijke correctiepercentages onvoldoende door de deskundige zijn gemotiveerd. Op basis van de door de verhuurder in hoger beroep overgelegde contra-expertise, komt het hof tot een (iets) andere weg van het deskundigenbericht. Het hof deelt de conclusie van de kantonrechter dat een advies over de hoogte van de huurprijs geen exacte wetenschap is en dat de deskundige op sommige punten moet putten uit eigen ervaring en intuïtie. Daarentegen ziet het hof naar aanleiding van het bezwaar van verhuurder wel aanleiding om een tweetal vergelijkingspanden, die qua gebruik veel verder van het gebruik van het gehuurde afstaan, buiten beschouwing te laten en een tweetal in de contra-expertise aangedragen panden daarvoor in de plaats te gebruiken voor berekening van de huurprijsaanpassing. Dit leidt er uiteindelijk toe dat het hof de huurprijs op een iets hoger bedrag vaststelt dan de kantonrechter had gedaan.

1. Laurie Berg is werkzaam als advocaat bij BRICKS Advocaten te Amsterdam.

Gerechtshof

Riezebos Middelkoop Holding B.V.,
gevestigd te Hindeloopen,
appellante,
bij de rechtbank: gedaagde in conventie en eiseres in reconventie,
hierna: RMH,
advocaat: mr. G.J.P.M. Grijmans, die kantoor houdt te Bolsward,
tegen
Mangerie B.V.,
gevestigd te Stavoren,
geïntimeerde,
bij de rechtbank: eiseres in conventie en verweerster in reconventie,
hierna: Mangerie,
advocaat: mr. G.J. van Kammen, die kantoor houdt te Leeuwarden.

(...)

3 Waar gaat deze procedure over?

Deze zaak betreft de vraag welke huurprijs moet gelden voor het restaurant 't Havenhoofd in Stavoren met ingang van 23 april 2015. De kantonrechter heeft uiteindelijk de huurprijs overgenomen die de door een ambtgenoot van de kantonrechter benoemde deskundige heeft geadviseerd. Het hof ziet aanleiding om daarvan af te wijken en de huurprijs op een wat hoger bedrag vaststellen. Het hof zal die beslissing hierna motiveren.

4 De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de volgende feiten:

4.1 Mangerie huurt sinds 1 februari 2005 van RMH bedrijfsruimte aan de Stationsweg 1 te Stavoren (hierna: het gehuurde). Mangerie oefent in het gehuurde een horecabedrijf uit onder de naam Restaurant 't Havenhoofd.

4.2 De huurovereenkomst tussen partijen is oorspronkelijk aangegaan voor de duur van vijf jaar en vervolgens verlengd met steeds een aansluitende periode van vijf jaar. De huurprijs bedroeg bij aanvang € 36.500,- excl. btw per jaar. De huurovereenkomst bevat een indexatieclausule. RMH heeft de huurprijs niet ieder jaar geïndexeerd.

4.3 Sinds 2012 betaalde Mangerie niet de volledige jaarhuur. Op de huur hield zij jaarlijks ongeveer een bedrag gelijk aan één maandhuur in.

4.4 Partijen hebben sinds geruime tijd verschil van mening over de hoogte van de huurprijs, in die zin dat Mangerie vindt dat zij teveel huur betaalt. In 2015 heeft Berendschot Horeca Makelaardij en Advies B.V te Drachten (hierna: Berendschot) in opdracht van Mangerie geadviseerd over de huurprijs.

Berendschot heeft geadviseerd tot een lagere huurprijs dan de aanvangshuurprijs. RMH heeft daarmee niet ingestemd.

4.5 Mangerie heeft vervolgens bij verzoekschrift de kantonrechter te Leeuwarden verzocht om een deskundige te benoemen voor het opstellen en uitbrengen van een advies omtrent de nadere huurprijs met betrekking tot het gehuurde. Bij beschikking van 11 januari 2016 heeft de kantonrechter [naam1], makeelaar-taxateur en adviseur horecabedrijven te Hilversum (hierna: [naam1]), als deskundige benoemd.

4.6 [naam1] heeft op 25 oktober 2017 een rapport uitgebracht waarin hij een huurprijs adviseert, ingaande 4 september 2015, van € 30.834,50 exclusief btw per jaar.

4.7 RMH heeft bij brieven van 10 januari 2016 en 6 november 2017 aanspraak gemaakt op betaling van de achterstallige huur, uitgaande van een jaarhuur van € 48.478,08 inclusief btw.

5 Het geschil en de beslissing daarin van de kantonrechter

5.1 Mangerie heeft in eerste aanleg (in conventie) kort samengevat gevorderd dat de huurprijs van het gehuurde met ingang van 23 april 2015 wordt vastgesteld op € 30.843,50 per jaar exclusief btw en dat RMH wat betreft de periode van 23 april 2015 tot 30 september 2018 wordt veroordeeld tot terugbetaling van wat zij meer aan huur heeft betaald, door Mangerie berekend op € 27.927,-

5.2 RMH heeft in eerste aanleg (in reconventie) kort samengevat gevorderd dat Mangerie wordt veroordeeld tot betaling van achterstallige huur, door haar begroot op € 14.476,09.

5.3 De kantonrechter heeft in het tussenvonnissen van 16 april 2019 geoordeeld dat de keuze van de vergelijkingspanden in het rapport van de deskundige [naam1] weinig gelukkig was en dat de door hem gehanteerde wegingsfactoren niet zijn toegelicht. De kantonrechter heeft nadere vragen gesteld aan de deskundige en partijen in staat gesteld zich daarover uit te laten. Nadat partijen dat hadden gedaan, heeft de kantonrechter in het tussenvonnissen van 13 augustus 2019 nadere vragen voor de deskundige geformuleerd. Nadat de deskundige daarop had geantwoord heeft de kantonrechter in het eindvonnis van 3 maart 2020 de deskundige gevolgd en de huur per 23 april 2015 vastgesteld op € 30.834,50 exclusief btw per jaar. De kantonrechter heeft RMH veroordeeld tot terugbetaling van de meer betaalde huur dan dit bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf de dag van de dagvaarding. De vordering in reconventie is afgewezen.

6 De beoordeling van de grieven en de vordering in hoger beroep

6.1 RMH heeft bij de memorie van grieven haar hoger beroep beperkt tot het eindvonnis. Zij vordert, onder aanvoering van elf Romeins genummerde bezwaren (grieven) en onder vermeerdering van haar eis in reconventie, dat het hof het eindvonnis vernietigt en opnieuw rechtdoende de huurprijs met ingang van 23 april 2015 vaststelt op € 39.591,- exclusief btw per jaar te indexeren op basis van de huurbepalingen in de huurovereenkomst. Daarnaast vordert RMH dat

het hof Mangerie veroordeelt tot betaling van de te weinig betaalde huur, te vermeerderen met de wettelijke rente. Ook vordert zij nog een veroordeling in de kosten van de procedure.

Het hof zal rechtdoen op de gewijzigde eis

6.2 Mangerie heeft bezwaar gemaakt tegen de eisenwijziging. Het hof verwerpt dat bezwaar. RMH heeft haar vordering op het processueel juiste tijdstip gewijzigd. Het hof acht het niet in strijd met de goede procesorde dat RMH voor het eerst in hoger beroep een verhoging van de huurprijs vordert ten opzichte van de in 2015 geldende huurprijs.

Het hof volgt de door de rechtbank benoemde deskundige niet onverkort

6.3 [naam1] heeft in zijn rapport een huurprijs geadviseerd op basis van een vijftal door hem aangeleverde vergelijkingspanden, allemaal gelegen in Sneek, drie daarvan (Grootzand 24, Grootzand 10 en Prins Hendrikkade 18) zijn ook horecagelegenheden, de overige twee respectievelijk een winkel (Nauwe Noorderhorne 30) en een snackbar/broodjeszaak (Lemmerweg 4). [naam1] heeft het vloeroppervlak van deze panden vergelijkbaar gemaakt door de verkoopruimten op de begane grond voor 100% mee te tellen, de verkoopruimte in het souterrain voor 50% en de dienstruimten voor 40%. Ook voor het gehuurde heeft [naam1] op deze wijze het vloeroppervlak vastgesteld, en wel op 241 m².

[naam1] heeft de huurprijzen voor de vergelijkingspanden (die allemaal zijn teruggerekend naar het huurniveau van 2015 aan de hand van het consumentenprijsindexcijfer) gedeeld door het op de hiervoor beschreven wijze vastgestelde aantal meters vloeroppervlak. De aldus gevonden prijs per vierkante meter heeft [naam1] vervolgens gecorrigeerd met een fors percentage (30% verlaagd voor de panden Grootzand 25 en 10 en Lemmerweg, 50% verlaagd voor het pand Prins Hendrikkade 18 en 50% verhoogd voor het pand Nieuwe Noorderhorne 30). Deze percentages zijn in zijn rapport niet toegelicht. Van de aldus aangepaste vierkantemeterprijzen heeft [naam1] het gemiddelde genomen (€ 127,94) en dat gemiddelde vermenigvuldigd met 241. Het resultaat van die berekening is de door hem geadviseerde huurprijs die de kantonrechter heeft overgenomen.

6.4 De kantonrechter heeft op zich terecht groot gewicht gehecht aan het rapport van de door haar ambtgenoot benoemde deskundige. Dat neemt niet weg dat het rapport van [naam1] op tweekant voor de uitkomst van de geadviseerde huurprijs bepalende onderdelen niet uitmunt in duidelijkheid, namelijk de keuze van de vergelijkingspanden en de motivering voor de toegepaste aanzienlijke correctiepercentages. Dit heeft de kantonrechter ook terecht in het eerste tussenvonnissen aan de orde gesteld.

6.5 Het antwoord van de deskundige op de daarover gestelde nadere vragen in het tweede tussenvonnissen biedt weinig opheldering. Over de toegepaste correctiepercentages meldt hij:

"Deze wegingsfactoren komen voort uit verschil met betrekking tot de locatie, de grootte, de indeling (groot front/klein front, lang/breed), exploitatiemogelijkheden ed. Als deskundige hanteer ik daarvoor percentages."

6.6 Over de keuze van de vergelijkingspanden merkt hij op dat uit zijn dossier niet blijkt dat RMH vergelijkingspanden heeft aangeleverd en dat daarom de daarover gestelde vraag niet relevant is.

6.7 De kantonrechter heeft met deze antwoorden genoeg genomen en de deskundige gevolgd. MNH heeft dit oordeel aangevochten.

6.8 Het hof komt tot een deels andere weging van het deskundigenbericht, waarbij het hof ook betreft het door RMH in hoger beroep overgelegde contra-expertise van Klaassen Taxaties B.V. te Amersfoort, opgesteld door [naam2] en [naam3] op 30 juli 2020 (verder: Klaassen).

6.9 Klaassen heeft, uitgaande van dezelfde parameters als [naam1], het gewogen vloeroppervlak van het gehuurde berekend op 245,9 m² derhalve 4,9 m² groter dan het vloeroppervlak waarmee [naam1] heeft gerekend. Mangerie heeft deze berekening verder niet betwist. De door Klaassen opgenomen oppervlakten voor begane grond, souterrain en dienst ruimten corresponderen ook met de oppervlakten die zijn opgenomen in het rapport van Berendschot, zodat het hof voor wat betreft het vloeroppervlak uit zal gaan van de berekening van Klaassen. Op dit punt slaagt dus grief II.

6.10 RMH heeft ook nog betoogd dat de aanwezigheid van het terras als afzonderlijke component in de huurprijsvergelijking moet worden betrokken. [naam1] heeft in zijn rapportage aangegeven dat dit niet gebruikelijk is (behalve bij een A1-locatie, wanneer het terras verwarmd kan worden en het hele jaar door bruikbaar is, waarvan in het geval van het Havenhoofd geen sprake van is). De aanwezigheid van het terras komt volgens [naam1] wel tot uiting in de correctiefactor waarbij de afwezigheid van een terras tot een verlaging van de huurwaarde van het vergelijkingsobject leidt. Klaassen heeft evenmin aan het terras een afzonderlijke waarde toegekend en de aanwezigheid van een terras meegenomen in de huurprijs van de vergelijkingsobjecten. Het hof zal, in navolging van deze deskundigen, aan de het terras daarom evenmin een zelfstandige waarde toekennen. Grief VI slaagt niet, zodat het in aanmerking te nemen vloeroppervlak door het hof wordt vastgesteld op 245,9 m².

6.11 In eerste aanleg heeft RMH zich erover beklaagd dat de vergelijkingspanden die [naam1] in de beoordeling heeft betrokken, zich allemaal in Sneek bevinden en dat [naam1] niets gedaan heeft met de door RMH aangedragen vergelijkingspanden. Volgens [naam1] heeft hij de brief van RMH waarin zij suggesties deed voor vergelijkingspanden nooit ontvangen. Het hof stelt vast dat ook Klaassen heeft aangegeven dat het moeilijk was om medewerking te krijgen van eigenaren/huurders van mogelijke vergelijkingspanden voor het aanleveren van de benodigde gegevens. Ook Klaassen is voor het merendeel uitgekomen op panden in Sneek en in haar rapport is geen enkel pand betrokken wat genoemd is op de lijst van RMH van 4 oktober 2017.

6.12 De bruikbaarheid van de vergelijkingspanden voor de bepaling van de huurprijs hangt uiteraard nauw samen met de mate waarin de panden vergelijkbaar zijn met het gehuurde. Zowel in het rapport van [naam1] als in het rapport van Klaassen worden

de gevonden (conform rov. 6.3 en de prijsindex herberekende) huurprijzen met aanzienlijke percentages gecorrigeerd om de panden met het gehuurde te kunnen vergelijken. Ook de nadere motivering die [naam1] voor deze percentages heeft gegeven, is uiterst summier. De motivering voor de correctiepercentage door Klaassen is iets minder summier dan bij [naam1], maar per saldo nog steeds intuïtief (bijvoorbeeld bij Markt 22 in Sneek: "dit object is opwaarts gecorrigeerd met 10% vanwege de ligging, tevens is dit object door bouwaard, functionaliteit, staat van onderhoud, toegepaste materialen en ouderdom opwaarts gecorrigeerd met 15%. Totaal met 25% opwaarts gecorrigeerd". Dit leidt er dan toe dat de huurprijs per m² met 25% naar beneden is bijgesteld in de vergelijking met het gehuurde). Het hof deelt in zoverre de conclusie van de kantonrechter dat een advies over de hoogte van de huurprijs geen exacte wetenschap is en dat op sommige punten sprake zal zijn van een schatting waarbij de deskundige moet putten uit eigen ervaring en intuïtie.

6.13 Dat een vergelijkingspand niet in alle opzichten vergelijkbaar is met het gehuurde, is ook geen reden om het vergelijkingspand buiten beschouwing te laten. Het hof passeert de daarop gestoelde bezwaren van RMH, bijvoorbeeld dat Grootzand 25 in Sneek een lunchcafé is. Wel ziet het hof aanleiding om de door [naam1] meegenomen winkelruimte en snackbar niet in de vergelijking mee te nemen omdat het gebruik van deze panden veel verder afstaat van het gebruik van het gehuurde. Het hof zal in plaats daarvan twee van de panden waarop Klaassen haar advies heeft gebaseerd in de nadere huurprijsvaststelling betrekken. Het hof zal de eerste twee door Klaassen aangedragen panden gebruiken, gelegen aan de Zilverplevier 1 te Lemmer en aan de Marktstraat 23 te Sneek. Dat deze beide panden - op dezelfde wijze als de door [naam1] aangedragen panden - vergelijkbaar zijn met het gehuurde, is niet door Mangerie bestreden. Het hof acht de beide andere door Klaassen genoemde panden minder bruikbaar. Het pand in Oostmahorn is buiten de regio Zuidwest-Friesland gelegen. Het pand Grootzand 24 te Sneek heeft een ten opzichte van de overige vergelijkingspanden een hoge huurprijs per m² terwijl door Klaassen voor de ligging een gering correctiepercentage hanteert, dat afwijkt van door haar toegepaste correctiepercentage voor de beide eerste vergelijkingspanden, wat zij naar 's hofs oordeel niet afdoende heeft toegelicht. Over het gehuurde blijkt uit de rapporten van [naam1] en Klaassen dat de exploitatie erg gebonden is aan het toeristisch seizoen, gelet op de grootte en ligging van Stavoren. Voor Sneek geldt dit veel minder zodat het geringe correctiepercentage voor dit pand het hof niet overtuigt.

6.14 Het hof zal voor alle door het hof in aanmerking te nemen vergelijkingspanden verder de correctiepercentages aanhouden die respectievelijk door [naam1] en Klaassen zijn voorgesteld. Het hof komt dan op de volgende berekening uit

Pand gecorrigeerde huurprijs per m²

Grootzand 25 € 160,94

Grootzand 10 € 128,80

Prins Hendrikkade 18 € 130,91

Zilverplevier 1 € 121,41 (€ 607,03:5)

Marktstraat 23 € 131,49 (€ 657,46:5)
 Gemiddelde per m2 € 134,71 (€ 673,55:5)
 Deze gemiddelde huurprijs van € 134,71 per m2 vermenigvuldigd met het aantal gecorrigeerde m2 van het gehuurde levert een huurprijs in 2015 op van (245,9 * € 134,71 =) afgerond € 33.125,- per jaar.

6.15 Het hof zal de nadere huurprijs op dit bedrag bepalen. Het hof ziet geen aanleiding om, zoals Mangerie heeft voorgesteld, andermaal een deskundige te benoemen om advies uit te brengen over de nadere huurprijs.

6.16 Het hof stelt vast dat de discussie over de huurkorting en of die al dan niet voorwaardelijk is verleend, geen onderdeel van de vordering van Mangerie vormt en dat haar vordering zo moet worden begrepen dat huurkorting is begrepen in de vaststelling van een lagere huurprijs ten opzichte van de op de aanvangshuurprijs gebaseerde contractuele huurprijs in 2015. De door het hof berekende nadere huurprijs ligt beneden de aanvangshuurprijs.

Bijbetaling of terugbetaling onduidelijk

6.17 Of Mangerie bij de door het hof vastgestelde huurprijs (die overeenkomstig de contractuele bepalingen vanaf 2015 nog jaarlijks moet worden geïndexeerd) per saldo te veel heeft betaald en RMH haar terug dient te betalen - waarvan de kantonrechter is uitgegaan - of dat Mangerie juist nog een bedrag dient bij te betalen, zoals RMH vordert, kan het hof op grond van de overgelegde stukken niet vaststellen. Het hof gaat ervan uit dat partijen dit zelf kunnen uitrekenen, door te vergelijken welk bedrag Mangerie aan huur heeft betaald en welk bedrag zij conform de vaststelling door het hof had moeten betalen.

6.18 Indien partijen daar onverhoopt niet uitkomen, kunnen zij op dit punt een akte nemen (als eerste RMH) waarin zij gemotiveerd aangeven welke geschilpunten nog resteren.

6.19 Teneinde partijen in staat te stellen buiten het hof om tot een afwikkeling van de procedure te komen, zal het hof ook over de proceskosten die partijen nog verdeeld houden een voorlopig oordeel geven.

Bij deze stand zaken is het hof voorshands van oordeel dat de kostenveroordeling in eerste aanleg ten laste van RMH in stand kan blijven omdat de huurprijs per saldo aanzienlijk wordt verlaagd. De kosten van de procedure in appel komen voor compensatie in aanmerking omdat partijen daarin over een weerdeels in het gelijk en deels in het ongelijk worden gesteld.

6.20 De overige door RMH voorgedragen grieven kunnen buiten behandeling blijven.

De slotsom

6.21 Het hof zal de zaak naar de rol verwijzen voor een akte als bedoeld in rov. 6.17 ingeval partijen niet zelf tot een afronding van de procedure kunnen komen. Het hof zal daarvoor een termijn van twee maanden aanhouden om partijen in staat te stellen deugdelijk overleg te voeren over de financiële afwikkeling van deze procedure.

7 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep: verwijst de zaak naar de roldatum van 14 december

2021 voor een akte als bedoeld in rov. 6.17 aan de zijde van RMH, waarna Mangerie een antwoordakte mag nemen;

houdt verder iedere beslissing aan.

(...)

Commentaar

Een vordering tot nadere vaststelling van de huurprijs² dient ex art. 7:304 lid 1 BW vergezeld te gaan van een deskundigenadvies over de hoogte van die huurprijs. Een van de redenen hiervan is dat de rechter in de procedure meteen al beschikt over een deskundigenadvies.³ Voorafgaand aan de invoering van art. 7:304 BW vroegen rechters al regelmatig advies aan deskundigen (destijds de bedrijfshuuradviescommissies bij de Kamer van Koophandel), over de hoogte van de huurprijs.⁴ Door als ontvankelijkheidseis te stellen dat reeds bij het instellen van de vordering ex art. 7:303 BW een deskundigenadvies moet worden overgelegd, wordt voorzien in de behoefte van de rechter aan voorlichting door een deskundige en kan worden voorkomen dat de rechter in een later stadium van de procedure alsnog een deskundige om advies zal moeten vragen.

In het licht van het voorgaande is het niet verrassend dat het advies van de deskundige een belangrijke rol speelt bij de vaststelling van de hoogte van de te wijzigen huurprijs. Hoewel de rechter niet is gebonden aan de inhoud van het advies,⁵ gaat de rechter doorgaans wel uit van het advies en zal een partij die een van dat advies afwijkende huurprijs wil laten vaststellen, goed beslagen ten ijs moeten komen. Ook de rechter zal een eventuele afwijking van het advies moeten motiveren. In het algemeen dient een rechterlijke beslissing zodanig te zijn gemotiveerd, dat deze motivering voldoende inzicht geeft in de gedachtegang die aan de beslissing ten grondslag ligt.⁶ Ten aanzien van de beslissing van de rechter om een deskundigenbericht al dan niet te volgen, heeft hij een beperkte motiveringsplicht.⁷ Wel zal de rechter moeten ingaan op specifieke bezwaren van (één van) partijen, indien deze bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting van het oordeel van de deskundige inhouden. Wijkt de rechter af van het deskundigenadvies, dan gelden de gewone (en dus niet verzwaaarde) motiveringseisen.⁸ Dit laat onverlet dat de rechter voldoende inzicht zal moeten geven in zijn

2. Ex art. 7:303 lid 1 BW.

3. *Kamerstukken II 1999-2000*, 26 932 nr. 3, p. 9 en nr. 5, pag. 16. De wetgever beoogde hiermee tevens een remmende werking op het in rechte vorderen van een nadere vaststelling van de huurprijs, hetgeen in de praktijk overigens niet altijd even goed blijkt te werken. Zie hierover bijv. J.P.H. Jacobs & M. Cohen, 'Huurprijssherziening bedrijfsruimte', in: N. Amiel e.a. (red.), *Handboek Huurrecht Bedrijfsruimte*, Deventer: Den Hollander 2018, p. 213-214.

4. *Kamerstukken II 1999-2000*, 26 932 nr. 3, p.9.

5. *Kamerstukken II 1999-2000*, 26 932 nr. 5, pag. 16.

6. Zie bijv. HR 25 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2002:AE4364, NJ 2003/171, m.nt. M. van Scheltema.

7. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:279 (*verkopers/Goedvast*).

8. HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2921 (*X en Y / Stichting Flevoziekenhuis*).

gedachtegang, hetgeen bij afwijking van een advies van een door de rechter benoemde deskundige een nadere uitleg zal vergen. Op basis van de jurisprudentie geldt dat groot gewicht dient te worden toegekend aan hetgeen de deskundige omtrent de nader vast te stellen huurprijs adviseert.⁹ In dit kader is van belang dat de deskundige – zo is de bedoeling – een onafhankelijke en objectieve positie inneemt.¹⁰ De deskundige geniet bij zijn advies dan ook een grote mate van vrijheid, en wordt in beginsel slechts begrensd door de aan hem verstrekte opdracht. Volgens de Hoge Raad is het in de regel onontbeerlijk dat de deskundige ter zake de keuze van de referentiepanden een inschatting zal moeten maken, waarbij hij zal moeten putten uit ervaring en intuïtie.¹¹ De rechter kan hierop maar tot een zekere hoogte controle uitoefenen.¹² Van een deskundige wordt bovendien slechts in beperkte mate motivering van zijn oordeel verlangd. In de woorden van de Hoge Raad: *"Daarbij zal als onvermijdelijk moeten worden aanvaard dat het deze deskundigen in de regel niet mogelijk zal zijn dit eindoordeel – dat wil zeggen de wijze waarop zij aldus, na een aantal tussenoordelen (zoals omtrent de nuttige oppervlakte, de bouwkundige gedaante en de staat van onderhoud) die zich wel voor motivering lenen, zijn gekomen tot hun uiteindelijke "inschatting" (als, al dan niet met bepaalde correcties nog wel, of ook met correcties niet vergelijkbaar) – ten volle met redenen te omkleden."* In geval van bezwaren tegen (de motivering van) het deskundigenadvies, is het vervolgens aan de rechter om te beslissen of hij een oordeel van de deskundige, aanvaardt of niet. De rechter kan ervoor kiezen om het oordeel van de deskundige te aanvaarden, óók al heeft de deskundige zijn oordeel – ondanks bezwaren van (één van) partijen – niet nader gemotiveerd.¹³

In de lagere rechtspraak wordt deze door de Hoge Raad geformuleerde regel doorgaans (min of meer woordelijk) overgenomen. Bezwaren van (één van) partijen, veelal omtrent de keuze voor bepaalde referentiepanden, worden niet zelden door de rechter gepareerd met het oordeel dat de keuze voor vergelijkingspanden nu juist bij uitstek tot de deskundigheid van de deskundige behoort (of woorden van

soortgelijke strekking).¹⁴ De Kantonrechter te Arnhem overwoog dat de kantonrechter slechts in geval van motiveringsgebreken of inconsistentie van het advies afwijkt.¹⁵ Het voorgaande heeft tot gevolg dat een partij die bezwaren heeft tegen het deskundigenadvies, zwaarwegende argumenten zal moeten aanvoeren en diens bezwaren deugdelijk en concreet zal moeten onderbouwen.¹⁶

In de (door partijen of de rechter geformuleerde) opdracht aan de deskundige, zal veelal zijn bepaald dat de deskundige partijen in de gelegenheid zal moeten stellen om opmerkingen te maken op het conceptadvies.¹⁷ Dit is ook vastgelegd in de "Leidraad deskundigen in civiele zaken".¹⁸ Doorgaans zullen partijen eventuele op- en aanmerkingen ter zake het deskundigenadvies derhalve reeds kenbaar (kunnen) maken naar aanleiding van een door de deskundige aan partijen toegezonden conceptadvies en vóórdat het advies in de procedure wordt overgelegd. Indien deze mogelijkheid wordt geboden, is het aan te raden om hiervan ook gebruik te maken, nu in een kwestie waarin één van partijen diens commentaar pas in de procedure naar voren bracht, het Hof Amsterdam hieraan voorbijging, nu dit commentaar ten tijde van het conceptrapport naar voren had moeten worden gebracht, zodat de deskundige hierop nog had kunnen reageren.¹⁹

Hoewel de rechter doorgaans het deskundigenadvies (integraal) volgt, komt het ook voor dat de rechter (deels) van het advies afwijkt of een nieuw onderzoek beveelt, indien het onderzoek door de deskundige niet juist is uitgevoerd.²⁰ Voorbeelden uit

9. Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 16 oktober 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY1288, RVR 2013/2, JHV 2012/205, m.nt. H. Ferment.

10. Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 17 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4575, WR 2016/36, r.o. 3.2.3, Hof Amsterdam 24 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4935, WR 2014/86, m.nt. M.F.A. Evers, r.o. 3.6-3.9; Ktr. Arnhem 20 april 2020, ECLI:NL:RBARN:2012:BW4428; Ktr. Amsterdam 11 februari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:10272.

11. HR 20 oktober 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD0905 (*Le Bastion/Keff*), r.o. 3.3.

12. Hof Amsterdam 18 september 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY0272, r.o. 2.6.

13. HR 20 oktober 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD0905 (*Le Bastion/Keff*), r.o. 3.3. Vgl. in dit kader ook Hof 's-Hertogenbosch 16 oktober 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY1288, RVR 2013/2, JHV 2012/205, m.nt. H. Ferment, waarin het hof de summiere reactie van de deskundige op bezwaren van een partij, niet als het negeren van die bezwaren begreep, maar als oordeel van de deskundige dat hij de bezwaren te licht bevonden.

14. Hof Amsterdam 19 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:896, WR 2019/119; Hof 's-Hertogenbosch 17 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4575, WR 2016/36; Hof 's-Hertogenbosch 16 oktober 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY1288, RVR 2013/2, JHV 2012/205, m.nt. H. Ferment; Ktr. Arnhem 20 april 2020, ECLI:NL:RBARN:2012:BW4428; Ktr. Noord-Holland 8 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2361; Ktr. Haarlem 17 maart 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM0288.

15. Ktr. Arnhem 5 maart 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW8101, WR 2012/110.

16. Hof 's-Hertogenbosch 16 oktober 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY1288, RVR 2013/2, JHV 2012/205, m.nt. H. Ferment, Ktr. Noord-holland 25 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9801, Ktr. Haarlem 17 maart 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM0288, vergelijk ook Hof 's-Hertogenbosch 12 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4547.

17. Zie evenwel ook Ktr. Haarlem 17 maart 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM0288, in welke kwestie partijen niet in de gelegenheid waren gesteld om op een conceptrapport te reageren en de deskundige direct zijn definitieve rapport had opgesteld. De kantonrechter verbond hieraan overigens geen consequenties nu partijen, *"voor zover partijen daaraan zo'n belang hechten, (...) zij per omme-gaande op het advies [hadden] kunnen reageren richting de BHAC."*

18. P. 11, zoals gepubliceerd op www.rechtspraak.nl, te raadplegen via: www.rechtspraak.nl/sitecollectiondocument/s/leidraad-deskundigen-wt.pdf.

19. Hof Amsterdam 21 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2078.

20. Hof Amsterdam 3 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:770, TvHB 2015/14, UDH:TvHB/12407, m.nt. N. Amiel en A.W. Jongbloed, Ktr. Overijssel 5 februari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:703, WR 2019/74, Ktr. Noord-Holland 3 oktober 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:8072, Ktr. Gelderland 23 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7174, TvHB 2018/4, UDH:TvHB/14776, m.nt. E.D. den Engelsman.

de rechtspraak zijn de situatie dat de deskundige de maatstaf voor de berekening van de huurprijs ex art. 7:303 lid 2 BW niet juist toepast,²¹ het geval dat de deskundige zich heeft gebaseerd op (achteraf gebleken) onjuiste gegevens,²² of het geval dat slechte(re) economische omstandigheden tussen de peildatum in het advies en de beslissing van de kantonrechter, nopen tot een lagere huurprijs.²³ Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde in zijn arrest van 9 februari 2021 dat de huurprijs niet kon worden vastgesteld aan de hand van een door drie (door de kantonrechter aangewezen) deskundigen opgesteld rapport, nu vijf van de zeven in dat rapport gebruikte referentiepanden anoniem waren.²⁴ De deskundige moet in diens advies de exacte ligging en de overige voor de identificatie van belang zijnde gegevens opnemen en mag geen anonieme vergelijkingspanden opvoeren, aldus het hof. Door het opnemen van anonieme vergelijkingspanden, is het advies onvoldoende controleerbaar. Het hof schatte daarom de huurprijs aan de hand van art. 7:303 lid 2 BW.

In de onderhavige uitspraak wijkt het hof (deels) af van het oordeel van de deskundige. Opvallend is dat de kantonrechter in eerste aanleg (blijkens het arrest van het hof) oordeelde dat de keuze van de vergelijkingspanden in het rapport van de deskundige weinig gelukkig was en dat de door hem gehanteerde wegingsfactoren niet waren toegelicht. De kantonrechter heeft hierover vervolgens nadere vragen aan de deskundige gesteld, waarop weinig verhelderende antwoorden werden gegeven.²⁵ Ondanks dat de beantwoording van de deskundige geen verdere duidelijkheid schepte over de toegepaste correctiepercentages en de keuze voor de vergelijkingspanden, nam de kantonrechter daarmee genoegen en volgde hij de deskundige in zijn advies. Het hof

stelt deze gang van zaken weliswaar aan de kaak en wijkt vervolgens weliswaar deels af van het deskundigenadvies, maar ook in het arrest van het hof ontbreekt een duidelijke toelichting. Zo wijkt het hof af van het gewogen vloeroppervlak, zoals dat door de deskundige is berekend, ogenschijnlijk enkel naar aanleiding van een contra-expertise van de door de verhuurder ingeschakelde deskundige. Het hof licht niet toe waarom de berekening van de door de verhuurder ingeschakelde deskundige de voorkeur zou hebben boven de deskundige die (ex art. 7:304 lid 2 BW) in een eerder stadium door de kantonrechter is benoemd. Dit is, gelet op hetgeen hiervoor is beschreven over de motiveringsplicht en de objectieve en onafhankelijke positie van de door de kantonrechter (of in een voorkomend geval door partijen gezamenlijk) benoemde deskundige, opvallend. Juist een door één van partijen ingeschakelde deskundige, is immers niet steeds 'onafhankelijk' te noemen.

Het tweede onderdeel waarop het hof afwijkt van het deskundigenadvies betreft de keuze voor de referentiepanden. Het hof laat twee door de deskundige in zijn advies betrokken referentiepanden buiten beschouwing, 'omdat' het gebruik van deze panden 'veel verder afstaat van het gebruik van het gehuurde'.²⁶ Het hof licht niet verder toe waarom het van belang zou zijn dat het gebruik van de betreffende referentiepanden ver afstaat van het gebruik van het gehuurde. Dit is opmerkelijk omdat het gebruik (of de contractuele bestemming) van een bedrijfsruimte, in beginsel niet relevant is in het kader van een huurprijsadvies. Bij het kiezen van vergelijkingspanden kan rekening worden gehouden met de grootte, indeling, kwaliteit en bereikbaarheid daarvan, maar in beginsel niet met de bestemming.²⁷ Het uitgangspunt bij het bepalen van de huurprijs is de bouwkundige staat van een pand.²⁸ Zowel voor het pand waarvoor huurprijsherziening wordt gevorderd, als de bij het huurprijsadvies betrokken referentiepanden, geldt aldus dat het gebruik daarvan geen rol speelt. Dit wordt anders, indien de bestemming van het pand tot uitdrukking komt in de bouwkundige gedaante van het pand.²⁹

Tenzij het verschil in bestemming tot uitdrukking komt in de bouwkundige gedaante van een pand, is het derhalve niet zo dat panden met een andere bestemming dan het pand waarvoor nadere vaststelling van de huurprijs wordt gevorderd, *om die reden* niet als referentiepand zouden kunnen dienen. Dat

21. Ktr. Amsterdam 11 februari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:10272.

22. Ktr. Arnhem 5 maart 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW8101, WR 2012/110.

23. Ktr. Midden-Nederland 22 januari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:180, WR 2014/128, m.nt. A.G.A. van Rappard, JHV 2014/30, m.nt. H. Ferment.

24. Hof 's-Hertogenbosch 9 februari 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:352, JHV 2021/12, m. nt. D.J.A. van den Berg en WR 2021/90, m. nt. J.C.W. Rang. Het oordeel van het hof in dit arrest omtrent de verschuldigheid van de contractuele rente is overigens opvallend te noemen. Het hof oordeelt namelijk dat de huurder pas na het arrest had kunnen weten dat en welke hogere huurprijs zou worden vastgesteld, zodat de vertraging in de betaling daarom niet aan de huurder kon worden toegerekend. In dit geval had het oordeel van het hof (enkel) betrekking op de contractuele rente, maar dit oordeel van het hof zou er ook toe hebben geleid dat de wettelijke (handels)rente (als die zou zijn gevorderd, hetgeen niet zo was) niet toewijsbaar zou zijn geweest. Dit in afwijking van (een veelheid aan) jurisprudentie, waarin is geoordeeld dat de huurder – na een opwaartse aanpassing van de huurprijs – wel wettelijke (handels)rente is verschuldigd over de, achteraf bezien, te weinig betaalde huurprijs. Zie hierover, en over verschillende auteurs die het oordeel van het hof op dit punt zullen beamen, meer uitgebreid K. Keij, 'Wettelijke rente, wettelijke handelsrente en boete', TvHB 2019/3, p. 171-183, UDH:TVHB/15590.

25. R.o. 6.5 en r.o. 6.6.

26. R.o. 6.13.

27. Hof Amsterdam 3 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:770, TvHB 2015/14, UDH:TVHB/12407, m.nt. N. Amiel en A.W. Jongbloed.

28. Kamerstukken II 1979/80, 15 666, nr. 5, p. 6 (MvA).

29. HR 25 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9063, RvdW 1985/193 en HR 6 maart 1987, NJ 1987/971. Zie bijvoorbeeld ook Hof Amsterdam 24 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2009, TvHB 2016/5, UDH:TVHB/13509 m.nt. J.M. Winter- Bossink en N. Amiel, Ktr. Overijssel 5 februari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:703, WR 2019/74, Ktr. 's-Hertogenbosch 10 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:CA2406, WR 2013/77.

hiervan in de onderhavige kwestie sprake zou zijn, valt evenwel niet goed op te maken uit de motivering van het hof in het onderhavige arrest.

Ter compensatie van de twee buiten beschouwing gelaten referentiepanden, betreft het hof twee van de in contra-expertise zijdens de verhuurder aangedragen referentiepanden. Twee andere in dat rapport genoemde referentiepanden acht het hof minder bruikbaar en neemt hij niet mee in zijn berekening. Eén van die laatste panden valt af omdat de locatie daarvan niet (voldoende) vergelijkbaar is met de locatie van het gehuurde. Het andere pand heeft volgens het hof 'ten opzichte van de overige vergelijkingspanden een hoge huurprijs per m²'. Het lijkt er aldus op alsof het hof dit pand niet geschikt vindt, vanwege de hoge huurprijs per m². Het hof overweegt hierover verder dat voor de ligging een gering correctiepercentage is gehanteerd, dat afwijkt van het voor de andere vergelijkingspanden (die het hof wel in zijn berekening heeft meegenomen). De door de verhuurder ingeschakelde deskundige heeft dit vervolgens naar het oordeel van het hof niet voldoende toegelicht. Hoewel dit wellicht vragen oproept, biedt dit nog geen duidelijke verklaring voor het kennelijke oordeel van het hof dat een bepaald pand geen geschikt referentiepand is, vanwege de hoge huurprijs. Dit terwijl (evenals de bestemming voor zover die niet in de bouwkundige gedaante naar voren komt) de huurprijs van een pand géén rol dient te spelen bij de berekening van de huurprijs ex art. 7:303 BW.³⁰ Ook op dit punt is het oordeel van het hof daarom niet eenvoudig te volgen en rijst de vraag of het hof zijn afwijking van het deskundigenrapport, voldoende heeft gemotiveerd.

Tegen de (mate van) motivering van het hof kan op punten derhalve het nodige worden ingebracht. Dit geldt name voor de motivering van het hof van zijn oordeel dat de twee referentiepanden buiten beschouwing moeten worden gelaten omdat het gebruik van deze panden veel verder afstaat van het gebruik van het gehuurde, en voor de motivering van het buiten beschouwing laten van het door de verhuurder aangedragen referentiepand, kennelijk, omwille van de hoge huurprijs per m². Op deze twee punten lijkt het arrest vatbaar voor cassatie, nu het hof hiermee, zonder nadere motivering, voorbij lijkt te gaan aan de jurisprudentie van de Hoge Raad over welke omstandigheden wel (onder andere grootte, indeling, kwaliteit en bereikbaarheid) en welke niet (bijvoorbeeld bestemming en hoogte van de huurprijs) een rol mogen spelen bij de keuze van vergelijkingspanden. Het is hierbij wel de vraag in hoeverre een cassatieberoep voor (één van beide) partijen praktisch gezien zinvol zou zijn, nu een eventueel oordeel omtrent het ontbreken van een voldoende motivering, in het onderhavige geval niet noodzakelijkerwijs tot een andere uitkomst zou hebben geleid. Gelet op de mate van vrijheid die zowel

de rechter, als de deskundige toekomt bij toepassing van art. 7:303 BW, is allerm minst ondenkbaar dat het hof met een andere motivering, tot hetzelfde oordeel zou komen.

30. Hoge Raad 10 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2071, NJ 1996, 670, m.nt. P.A. Stein, Hof 's-Hertogenbosch 16 oktober 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY1288, RVR 2013/2, JHV 2012/205, m.nt. H. Ferment, Hof Arnhem 7 oktober 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG1457.